

## IN MEMORIA DEL PROF. CARLO GIOFFREDI

Il prof. Carlo Gioffredi si è spento a Marino il 27 dicembre 1994. Era nato a Roma il 4 giugno 1920. Giudice presso il tribunale di Roma dal '42 al '51, l'1 novembre 1952 ha assunto, come professore straordinario, la cattedra di Storia del diritto romano nell'Università di Ferrara. In questa Università è rimasto, poi, come professore di Diritto romano e di Egesi delle fonti del diritto romano, fino all'ottobre del '77 quando si è dimesso dal servizio. Per breve tempo è stato anche Preside.

ParlarNe in morte mi è senz'altro più facile di quanto non mi sia stato parlarGli in vita. L'evento supremo, forse la distanza degli anni, sciogliono in me i Suoi raggelanti silenzi. E il penoso imbarazzo di un difficile rapporto tra allievo e Maestro si tramuta di colpo in un moto di profonda commozione e riconoscente affetto

Proprio sull'onda del sentimento non voglio ricordarNe l'opera, grande e conosciuta, bensì il Suo 'privato', quel 'privato' che lo ha tenuto lontano da tutti: la Sua infelicità.

«Dei nostri sommi poeti, due sono stati sfortunatissimi, Dante e il Tasso... Ma noi veggiamo in Dante un uomo d'animo forte, d'animo bastante a reggere e a sostenere la mala fortuna; oltracciò un uomo che contrasta e combatte con essa, colla necessità, col fato. Tanto più ammirabile certo, ma tanto meno amabile e commiserabile. Nel Tasso veggiamo uno che è vinto dalla sua miseria, soccombente, atterrato, che ha ceduto all'avversità, che soffre continuamente e patisce oltre modo. Sieno ancora immaginarie e vane del tutto le sue calamità, la infelicità sua certamente è reale...»

E quindi tanto più amabile e commiserabile.

La natura, come ha detto ad un'anima nel dialogo leopardiano, così deve aver mormorato anche a Lui: «Vivi, e sii grande e infelice».

A. D. Manfredini

OPERE DEL PROF. CARLO GIOFFREDI

C. GIOFFREDI, *I tribunali del Foro (in Appendice: Il «Marsia» del Foro)*, in *SDHI* 9 (1943), 227-282.

*Il fondamento della «tribunicia potestas» e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo («sacrosanctum - lex - sacramentum»)*, in *SDHI* 11 (1945), 37-64.

«*Caput*», in *SDHI* 11 (1945), 301-313.

*Su l'origine della «condemnatio pecuniaria. e la struttura del processo romano*, in *SDHI* 12 (1946), 136-147.

«*Ad statuas confugere*», in *SDHI* 12 (1946), 187-191.

- *Ancora su l'«aqua et igni interdictio»*, in *SDHI* 12 (1946), 191-193.

*Contributi allo studio del processo civile romano (Note critiche e spunti ricostruttivi)*, Milano 1947, 1-94.

«*Ius, Lex, Praetor*» (*Forme storiche e valori dommatici*), in *SDHI* 13-14 (1947-48), 7-140.

*Sul «ius postliminii». I. La struttura dell'istituto*, in *SDHI* 16 (1950), 13-58.

*Su la concezione romana del diritto*, in *AG.143* (1952), 117-137, e in *Annali Università Ferrara*, 2 (1952-53), 131-150.

*A proposito di impostazione storica e diagnosi giuridica*, in *AG 146* (1954), 10-23, e in *Studi De Francisci*, II, Milano 1956, 435-449.

*Religione e diritto nella più antica esperienza romana (Per la definizione del concetto di «ius»)*, in *SDHI* 20 (1954), 259-302.

*Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 1-318.

*Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane (replica alla rec. di M. Kaser)*, in *Labeo* 2 (1956), 114-116.

«*Pendenza*» e «*sospensione*» dalle fonti romane alla *dommatica* odierna, in SDHI 22 (1956), 113-157.

«*Successio in ius*», in SDHI 23 (1957), 1-25.

Voce «*aqua et igni interdictio*», in NNDI 1<sup>2</sup>, Torino 1958, 817.

Sulle *attribuzioni sacrali* dei magistrati romani, in Iura 9 (1958), 22-49.

Voce «*Dies fasti et nefasti*» [diritto romano], in NNDI V, Torino 1960, 604.

Su XII Tab. VI, 1, in SDHI 27 (1961), 343-349.

Voce «*Foro*» [diritto romano], in NNDI VII, Torino 1961, 592-593.

Libertà e cittadinanza, in Studi Betti, II, Milano 1962, 511-529.

Su i concetti di «*θέμις*» e «*δίκη*» in *Omero*, in BIDR 65 (1962), 69-77.

Voce «*Iudex*», in NNDI IX, Torino 1963, 334-335.

Voce «*Mores*», in NNDI X, Torino 1964, 919-921.

Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente, in Studi Zanobini 5, Milano 1965, 285-301.

Voce «*Nexum*», in NNDI XI, Torino 1965, 270-271.

Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano, in BIDR 70 (1967), 227-238, e in Studi in memoria di W. Cesarini Sforza, Milano 1968, 361-373.

Voce «*Sacramentum*», in NNDI XVI, Torino 1969, 310-311.

Voce «*Sacrilegium*», in NNDI XVI, Torino 1969, 311.

I *principi* del diritto penale romano, Torino 1970, 1-142.

Su l'elemento intenzionale nel diritto penale romano, in Studi Grosso, III, Torino 1970, 35-53.

Sulla concezione romana della pena, in Studi Volterra, II, Milano 1971, 333-350.

«*Rem ubi pacunt orato*»: XII tab. I, 6-9. Per la critica del testo decenvirale, in BIDR 76 (1973), 271-294.

Voce «*Tribunal*», in *NNDI XIX*, Torino 1973, 694-696.

*Responsabilità e sanzione nella esperienza penalistica della Grecia arcaica*, in *SDHI 40* (1974), 1-51.

Voce «*Vindiciae*», in *NNDI XX*, Torino 1975, 831-832.

*Il frammento di Fabio Pittore in Gell. N.A. 10.15.1 e la tradizione antiquaria dei testi giuridico-sacrali*, in *BIDR 79* (1976), 27-47.

*Su Gai. 4.30*, in *SDHI 44* (1978), 429-438.

*Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 1-282, in cui sono contenuti i seguenti contributi:

*Dèi legislatori*, 1-54.

«*Θεσμός*» e «*νόμος*», 55-74.

*Funzioni e limiti della «patria potestas»*, 75-112.

*Per la storia del matrimonio romano*, 113-144.

*In tema di «iniuria»* (Sui fattori di formazione del diritto romano in età preclassica), 145-172.

«*Legis actio*», 173-190.

«*Iudicium legitimum*», 191-212.

«*Ius*» e «*actio*», 213-239.

*Aspetti della sistematica Gaiana*, 241-263.

*Riflessioni su Gai. 3.180-181*, in *SDHI 48* (1982), 471-480.

*Su Gai. 4.11*, in *Studi Sanfilippo, III*, Milano 1983, 325-338.

«*ἵβρις*» e «*δίκη*» nell'arcaismo greco, in *SDHI 49* (1983), 331-336.

«*Ius dicere*» e «*cognitio*» pretoria, in *Sodalitas, V*, Napoli 1984, 2053-2060.

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

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

### PARTE II

#### L'INFLUSSO DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI SUL DIRITTO PENALE(\* \* \*)

Capitolo I: IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ - 1: **L'esigenza di una norma giuridica** - 1.1: In relazione ai reati e alle pene - 1.1.1: Punti di contatto e di divergenza tra i due Paesi - A In Canada: l'esigenza di una norma scritta emanata da un pubblico potere, con la problematica eccezionale del *contempt of court* - B. In Italia: l'esigenza di una norma scritta approvata dal Parlamento - 1.1.2: Un problema dai profili comuni: la norma penale in bianco - A In Canada: l'interazione tra la norma penale e la norma non penale - B. In Italia: l'interazione tra la norma penale e la norma amministrativa - 1.2: In relazione alle norme penali non incriminatrici:

---

(\*) Giudice della Cour supérieure du Québec, già professore alla Faculté de droit dell'Università di Montréal, autore dei paragrafi relativi alla parte canadese. L'autore desidera ringraziare la dott.ssa Marlène Archer e il dott. Martin Vaclair per la cortese collaborazione.

(\*\*) Autore dei paragrafi 3.1.1.1.B., 3.1.1.2.B., 3.1.2.1.B. del capitolo I; 1.1.3.B., 1.2.B., 2.2.B., 3.B., 5.2.B. del capitolo II.

(\*\*\*) Autrice dei paragrafi 1.1.1.B., 1.1.2.B., 1.2.B., 2.B., 3.1.2.2.B., 3.2.1.B. del capitolo I; 1.1.1.B., 1.1.2.B., 2.1.B., 5.1.B., 6.1.B., 6.2.B., 6.3.1.B., 6.3.2.B. del capitolo II.

(\* \*) Il testo qui pubblicato costituisce la seconda e provvisoria parte di una ricerca sull'incidenza delle garanzie costituzionali nei sistemi penali italiano e canadese (la prima parte è pubblicata in questi Annali, vol. VII, 1993, p. 125-234). Tale ricerca, frutto di una collaborazione da tempo instaurata tra le cattedre di diritto penale delle Università di Ferrara e di Montréal, è destinata a sfociare in due autonome pubblicazioni, l'una in italiano e l'altra in francese.

un potere complementare del giudice di diversa estensione - A. In Canada: il ricorso all'interpretazione evolutiva della *common law* da parte del giudice - B. In Italia: il principio di analogia a favore del reo - 2: **Il principio di determinatezza** - A. In Canada: il criterio della «sfera di rischio» elaborato dalla Corte suprema - B. In Italia: l'applicazione del principio di determinatezza da parte della Corte costituzionale - 3: **Il principio di non retroattività** - 3.1: In materia di diritto penale sostanziale - 3.1.1: La norma sfavorevole - 3.1.1.1: Una analoga esigenza di tutela - A. In Canada: il pieno rispetto dell'irretroattività - B. In Italia: il divieto dell'effetto retroattivo con la controversa eccezione delle misure di sicurezza - 3.1.1.2: Una eccezione comune: i crimini contro l'umanità - A. In Canada: una eccezione prevista dalla Carta dei diritti - B. In Italia: una eccezione prevista dalla CEDU - 3.1.2: La norma favorevole: una tutela di livello e contenuto differenti - 3.1.2.1: In caso di sua entrata in vigore prima della fine delle procedure - A. In Canada: una tutela a livello costituzionale per tutti i reati, ma forse incompleta - B. In Italia: una piena tutela a livello legislativo salvo per talune categorie di norme - 3.1.2.2: In caso di sua entrata in vigore dopo la fine delle procedure - A. In Canada: un vuoto di tutela - B. In Italia: una tutela a livello legislativo solo in caso di abrogazione della norma incriminatrice - 3.2: In materia di procedura, di prova e di esecuzione della pena - 3.2.1: Il problema della sussistenza di una garanzia costituzionale - A. In Canada: l'assenza di una garanzia esplicita - B. In Italia: la consolidata applicazione del principio *tempus regit actum* - 3.2.2: Un problema specificamente canadese: l'istituto della prescrizione come regola di procedura - Capitolo II: **IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA** - 1: **La garanzia della colpevolezza nei reati che prevedono una pena limitativa della libertà** - 1.1: Le forme di manifestazione della colpevolezza - 1.1.1: La volontà criminale - A. In Canada: la *mens rea* come intenzione, accettazione del rischio o negligenza grave - B. In Italia: il dolo come coscienza e volontà del fatto tipico e il problema della consapevolezza dell'offesa - 1.1.2: La negligenza - A. In Canada: *la responsabilité stricte* - B. In Italia: la colpa - 1.1.3: La responsabilità senza colpevolezza - A. In Canada: *la responsabilité absolue* - B. In Italia: la responsabilità oggettiva - 1.2: Il fondamento costituzionale della colpevolezza - A. In Canada: le regole di giustizia fondamentale - B. In Italia: il principio della responsabilità personale - 2: **I differenti profili della colpevolezza in talune particolari categorie di reati** - 2.1: I reati che prevedono una pena non limitativa della libertà - A. In Canada: un problema di portata limitata in ragione della tutela sancita dalla *common law* - B. In Italia: una tutela prevista dalla Costituzione - 2.2: I reati di particolare gravità - A. In Canada: l'esigenza costituzionale della *mens rea* soggettiva nel caso di reati particolarmente stigmatizzanti - B. In Italia: l'esigenza del dolo implicitamente imposta dalla Costituzione e riconosciuta dalla legge - 3: **Un problema comune affrontato in modo diverso: la colpevolezza nell'ambito delle circostanze del reato** - A. In Canada: un problema di *sentencing* in relazione a tutte le "circostanze" - B. In Italia: da una responsabilità oggettiva a una responsabilità colpevole - 4: **Un problema peculiare del sistema canadese: l'ampliamento dell'ambito d'applicazione della violenza morale attraverso il principio di colpevolezza** - 5: **L'ignoranza della legge** - 5.1: Un diverso ambito di ammissibilità dell'ignoranza sulla legge penale - A. In Canada: la rilevanza dell'errore invincibile in materia regolamentare - B. In Italia: la rilevanza generalizzata dell'errore invincibile - 5.2: Una soluzione analoga in caso di ignoranza della legge extra-penale: la sua eventuale assimilazione all'errore sul fatto - A. In Canada: una soluzione viepiù recepita dalla giurisprudenza - B. In Italia: una soluzione prevista dal legisla-

tore e disapplicata dalla giurisprudenza - 6: **L'imputabilità** - A. In Canada: L'assenza di una disciplina unitaria - B. In Italia: una organica disciplina codicistica - 6.1: La minore età - A. In Canada: la responsabilità penale del minore ultradodicesenne nel quadro di una procedura speciale - B. In Italia: il necessario accertamento della capacità di intendere e di volere per il minore ultraquattordicesenne - 6.2: L'infermità mentale - A. In Canada: la preminente funzione di difesa sociale nelle soluzioni legislative e giurisprudenziali - B. In Italia: la preminente tutela dell'incapace e il difficile inquadramento medico-legale dell'infermità mentale - 6.3: L'assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti - 6.3.1: L'irrilevanza dell'assunzione che non elimina l'elemento psicologico richiesto dalla legge - A. In Canada: una soluzione elaborata dalla giurisprudenza - B. In Italia: una soluzione prevista dal codice - 6.3.2: L'assunzione che esclude l'elemento psicologico richiesto dalla legge - A. In Canada: l'entrata in vigore della Carta e la sua incidenza sulla soluzione creata dalla giurisprudenza - B. In Italia: le ipotesi legislative dell'ubriachezza accidentale e della cronica intossicazione da alcool.

### TAVOLA DELLE CITAZIONI CANADESI

|                |   |
|----------------|---|
| A.C.           | Appeal Cases (Conseil privé d'Angleterre)   |
| C. A           | Rapports de la Cour d'appel du Québec (Quand est entre parenthèses après R. J. Q., signifie qu'il s'agit d'une décision de la Cour d'appel du Québec) |
| C. A. A.       | Cour d'appel d'Alberta  |
| C. A. Ang.     | Cour d'appel d'Angleterre   |
| C. A. C. B.    | Cour d'appel de Colombie-Britannique  |
| C. A. M.       | Cour d'appel du Manitoba  |
| C. A. N. E.    | Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse  |
| C. A. O.       | Cour d'appel de l'Ontario   |
| C. A. Q.       | Cour d'appel du Québec  |
| C.A.S.         | Cour d'appel de l'Alberta   |
| C. C. C.       | Canadian Criminal Cases   |
| C. Ct. O.      | Cour de comté de l'Ontario  |
| C. cr.         | Code criminel du Canada   |
| C. R.          | Criminal Reports  |
| C. S.          | Quand est entre parenthèses après R.J.Q., signifie qu'il s'agit d'une décision de la Cour supérieure du Québec  |
| C. S. I. P. E. | Cour supreme de l'Île du Prince Édouard   |
| C.S.T.N.       | Cour supreme de Terre-Neuve   |
| C. S: Q.       | Cour supérieure du Québec   |
| H. Ct. O.      | Haute Cour de Justice de l'Ontario  |
| K. B.          | King's Bench (d'Angleterre) - Banc du Roi   |
| L. R. C.       | Lois révisées du Canada   |
| L. R. Q.       | Lois révisés du Québec  |
| R. C. S.       | Rapports de la Cour suprême (du Canada)   |
| R. J. Q.       | Rapports judiciaires du Québec  |
| R. J. T.       | Revue juridique Thémis (Université de Montréal)   |
| S. C.          | Statuts du Canada   |
| S. R. C.       | Statuts révisés du Canada   |

## Capitolo 1 II PRINCIPIO DI LEGALITÀ

### 1. L'ESIGENZA DI UNA NORMA GIURIDICA

#### 1.1. In relazione ai reati e alle pene.

##### 1.1.1. Punti di contatto e di divergenza tra i due Paesi.

A. *In Canada: l'esigenza di una nonna scritta emanata da un pubblico potere, con la problematica eccezione del contempt of court.*

Nous avons vu<sup>1</sup> que l'alinéa 11g) de la Charte constitutionnalise le principe qu'une personne ne peut pas être déclarée coupable d'une conduite qui ne constituait pas une infraction au moment de sa commission<sup>2</sup>. Il faut toutefois se rappeler que le paragraphe 8(3) du *Code criminel* prévoit que les excuses et justifications reconnues par la *common law* demeurent en vigueur de sorte que les tribunaux conservent leurs prérogatives en la matière. Par ailleurs, l'article 7 de la Charte garantit le principe de la légalité des peines. En effet, la Cour supreme a déclaré qu'il empêche l'imposition d'une peine sans qu'il y ait eu commission d'une infraction<sup>3</sup> ou l'imposition d'une peine que la loi n'autorisait pas au moment de la commission de cette infraction<sup>4</sup>. Prises ensemble, ces dispositions forment la substance de la maxime maintes fois citée «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen*», principe fondamental de notre droit. Comme l'écrivait le juge Lamer:

«Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possibles en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à

---

1. Voir: BÉLIVEAU, P., BERNARDI, A., RUSSO, L., Le garanzie costituzionali in materia penale: indagine *comparatistica* sui sistemi canadese e italiano, (1993) Annali dell'Università di Ferrara, Sez. V - Scienze giuridiche, Vol. VII, 125, 163.

2. 11. Tout inculpé a le droit:

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

3. Dans l'affaire R. c. *Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 328, le juge La Forest a indiqué qu'une peine qui serait imposée pour une infraction future violerait certainement l'article 7 de la Charte.

4. Voir également l'al. 6(1)(b) du *Code criminel* qui prévoit ce principe.



éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites... Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi.»<sup>5</sup>

Le législateur fédéral est seul compétent en matière de droit criminel proprement dit<sup>6</sup>, i.e. l'interdiction de comportements au seul motif qu'ils sont attentatoires à l'ordre public. La norme pénale écrite n'est toutefois pas l'apanage du Parlement (fédéral). En droit canadien, tous les paliers de gouvernement, soient-ils fédéral, provincial ou municipal ont un pouvoir, soit direct ou par délégation d'autorité, de créer des infractions de nature pénale. Ainsi la Constitution reconnaît aux provinces le pouvoir de créer des infractions et d'imposer des peines, voire même l'emprisonnement, afin de faire respecter les lois dans les matières tombant dans leur champ de compétences législatives<sup>7</sup>. Le Parlement fédéral peut également faire de même dans le cas de ses propres lois, en plus de sa compétence exclusive sur la création de crimes<sup>8</sup>. Quant aux municipalités, dont l'organisation relève des provinces sur le plan constitutionnel<sup>9</sup>, elles possèdent cette prérogative en vertu des lois provinciales qui leur attribuent un pouvoir de gestion sur leur territoire, y compris le pouvoir de créer des règlements de nature pénale. Enfin, et en sus de ce qui précède, de nombreuses lois prévoient expressément une délégation du pouvoir de créer des infractions à différents organes de l'État, par le truchement de règlements. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

Il existe un contrôle judiciaire du respect, par l'organisme qui crée la norme pénale, du cadre qui lui est fixé. Ce cadre peut être constitutionnel. Ainsi, le législateur fédéral ne peut, sous prétexte de légiférer sur le droit criminel, empiéter sur la compétence des provinces, comme par exemple en créant un crime du fait de vendre de l'assurance sans un permis fédéral<sup>10</sup>. C'est la théorie de l'interdiction de la législation déguisée. De la même manière, les provinces, ou les municipalités qui en sont des créations, ne peuvent utiliser leurs compétences pour légiférer dans le domaine du droit criminel. Ce serait le cas d'un règlement qui, prétendant assurer l'ordre public dans la municipalité, interdirait d'être dans la rue aux fins de

---

5. Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123, 1152.

6. Loi constitutionnelle de 1867, par. 91(27).

7. Id., par. 92(15).

8. À cet effet, voir *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206.

9. Loi constitutionnelle de 1867, par. 92(8).

10. *A.G. Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328.

prostitution<sup>11</sup>. Le cadre fixé peut également être législatif. En effet, tout organisme autorisé par le législateur à créer une infraction pour assurer le respect de sa réglementation ne peut aller au-delà du mandat qui lui est confié.

Dans la mesure où cet organisme respecte le cadre constitutionnel et législatif qui lui est fixé, il est, sous réserve du respect de la Charte, souverain dans son champs de compétences. Cela implique notamment qu'une norme pénale adoptée par une province, une municipalité ou un autre organisme créé par la province, peut être différente de celle en vigueur dans une autre province ou une autre municipalité. Cela ne contrevient pas au droit à l'égalité devant la loi que reconnaît le paragraphe 15(1) de la Charte. Il en sera de même si le législateur fédéral investit les provinces de la responsabilité de fixer des critères d'application d'une norme pénale<sup>12</sup>. Exiger l'uniformité détruirait la compétence des provinces et le principe fédéral.

Nous avons également mentionné que depuis 1955, la *common law* n'engendre plus de crimes en droit criminel canadien, la seule exception étant le droit, reconnu par l'article 9 du *Code criminel*, de sanctionner l'outrage au tribunal. En fait, cette exception, qui possède d'ailleurs une assise juridique à cette dernière disposition, n'en est pas vraiment une au sens de la tradition juridique britannique. En effet, cette prérogative non codifiée est directement reliée aux pouvoirs de *common Law* inhérents aux tribunaux de sorte qu'une condamnation pour outrage au tribunal ne constitue pas une déclaration de culpabilité pour une "infraction" au sens strict du terme. L'arrêt *R. c. Vaillancourt*<sup>13</sup> illustre bien ce principe. Dans cette affaire, un mineur avait refusé de rendre témoignage lors du procès pour meurtre d'un adulte tenu devant la Cour supérieure du Québec. Le juge l'a donc cité pour outrage au tribunal et déclaré coupable. L'accusé en a appelé de la décision en soutenant que la Cour supérieure n'avait pas juridiction sur l'affaire et qu'il aurait dû être jugé par un tribunal pour jeunes contrevenants. La Cour suprême a rejeté cette prétention en invoquant le fait que l'outrage au tribunal n'est pas une "infraction"; la condamnation découlait plutôt du pouvoir inhérent de ce dernier.

L'outrage au tribunal, qui peut revêtir plusieurs formes, peut se produire devant la cour (*in facie*) ou à l'extérieur de la cour (*ex facie*). Cette distinction est importante sur le plan juridictionnel.

---

11. *R. c. Westendorp*, [1983] 1 R.C.S. 43.

12. *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

13. *R. c. Vaillancourt*, [1981] 1 R.C.S. 69.

En effet, tous les tribunaux judiciaires possèdent le pouvoir inhérent de punir l'outrage *in facie*. Cela découle de la nécessité de maintenir le *décorum* pendant les audiences. Les écarts de conduite des personnes présentes, dont ceux des avocats, peuvent entraîner une citation pour outrage au tribunal. L'avocat qui abuse de critiques non fondées à l'endroit du juge est passible d'une telle sanction<sup>14</sup>. Il en est de même lorsqu'un témoin refuse de répondre à une question jugée pertinente pour la progression de la cause<sup>15</sup>. L'accusé peut aussi dépasser les limites du tolérable en soutenant, par exemple, que le procureur de la Couronne est corrompu<sup>16</sup>. Cependant, la preuve doit démontrer une intention réelle de discréditer l'administration de la justice<sup>17</sup>. Il est essentiel que le comportement fautif ait comme objectif de jeter le discrédit sur la justice; la conduite objectivement outrageante ne suffit pas à justifier une condamnation<sup>18</sup>.

L'outrage *ex facie*, quel que soit le tribunal visé, est toutefois de la juridiction exclusive d'une cour supérieure, laquelle découle de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. Cette disposition, qui confère au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, a été interprétée comme garantissant à ces tribunaux la juridiction qu'ils possédaient au moment de l'adoption de cette loi constitutionnelle. Il en découle que le législateur, fédéral ou provincial, ne peut confier à un autre tribunal le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal *ex facie*<sup>19</sup>. Cette juridiction exclusive résulte du pouvoir inhérent des cours supérieures qui, historiquement, ont toujours eu un pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux inférieurs au nom du souverain<sup>20</sup>.

L'outrage peut demeurer de nature civile lorsqu'il s'agit d'une simple désobéissance à un ordre ou à un jugement de la cour dans des procédures civiles. Toutefois, l'outrage deviendra criminel si, par cette désobéissance, on cherche à discréditer ou à faire obstruction à l'administration de la justice<sup>21</sup>. Pour commettre l'infraction criminelle d'outrage au tribunal *ex facie*, il faut donc défier la cour ou lui désobéir publiquement avec la connaissance, l'intention ou l'insouciance que ce comportement jettera le dis-

---

14. R. c. *Doz*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 434 (C.A.A.).

15. R. c. *Fields*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 353 (C.A.O.).

16. R. c. *Paul*, (1979) 44 C.C.C. (2d) 257 (C.A.O.), conf. à [1980] 2 R.C.S. 169.

17. R. c. *Bertrand*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 397 (C.S.Q.).

18. R. c. *Flamand*, [1982] 1 R.C.S. 337.

19. Société Radio Canada c. *Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, 627; R. c. *Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577; *MacMillan Bloedel Ltd c. Simpson*, (1994) 89 C.C.C. (3d) 217 (C.A.C.B.).

20. Société Radio-Canada c. *Commission de police du Québec*, id., 633 à 638.

21. *Poje c. P.G. Colombie-Britannique*, [1953] 1 R.C.S. 516.

crédit sur l'autorité de la Cour<sup>22</sup>. À titre d'exemples: la publication d'informations qui risquent de mettre en péril l'équité d'un procès<sup>23</sup>; le fait de communiquer avec un juré ou un témoin; ou encore une critique publique trop cynique d'un juge ou d'un tribunal<sup>24</sup>.

*B. In Italia: l'esigenza di una norma scritta approvata dal Parlamento.*

Come già si è accennato nella prima parte di questo lavoro, il sistema penale italiano risulta chiaramente ancorato al principio di legalità dei reati e delle pene, sancito da una pluralità di norme, e in particolare dall'art. 25, comma 2 Cost., dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dall'art. 1 c.p. A sua volta, il principio in esame risulta composto da tre sottoprincipi – e cioè quello della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e della irretroattività della norma penale – sui quali converrà soffermarsi analiticamente.

Iniziamo la trattazione dal principio della riserva di legge, in base al quale – come noto – si può procedere alla concreta irrogazione di sanzioni penali solo previa determinazione legislativa sia dei fatti costituenti reato sia delle correlative risposte punitive. In proposito, deve comunque essere precisato che nell'ambito delle fonti di diritto abilitate alla produzione normativa penale vanno ricondotti non solo quegli atti che costituiscono una diretta ed esclusiva espressione della volontà parlamentare (quali in sostanza le leggi costituzionali e le leggi cd. ordinarie), ma anche taluni atti che provengono dal potere esecutivo, autorizzato a certe condizioni ad esercitare funzioni legislative. Come noto, infatti, la tradizionale teoria della separazione dei Poteri di derivazione illuministica ha ormai perso da lungo tempo la sua originaria rigidità, soprattutto a seguito delle profonde trasformazioni istituzionali e funzionali che hanno caratterizzato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale; sicché attualmente l'esercizio della funzione normativa deve considerarsi diffuso in quasi tutti i centri di potere dell'ordinamento nazionale<sup>25</sup>.

22. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

23. Bien que cet aspect de l'outrage au tribunal viole la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte, il s'agit d'une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier: R. c. *Robinson-Blackmore Printing & Publishing Co. Ltd.*, (1989) 47 C.C.C. (3d) 366 (C.S.T.N.).

24. Il a été jugé que cette infraction d'outrage au tribunal viole la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte et ne se justifie pas en vertu de l'article premier lorsque l'audition de la cause est terminée, que la croyance est sincère et l'opinion exprimée d'une manière qui n'est pas obscène ni criminellement diffamante: R. c. *Kopyto*, (1988) 39 C.C.C. (3d) 1 (C.A.O.).

25. Cfr. in particolare SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, in *Enc.dir.*, XXXIV, 1985, p. 670 ss. V. anche BALDASSARRE, *Il retrobottega della politica*, in *Laboratorio politico*, 1982, p. 94 ss.

In tale prospettiva, la **normazione** in materia penale può dunque essere realizzata non solo ad opera delle leggi ordinarie approvate dal Parlamento, ma anche ad opera degli atti aventi forza di legge provenienti dal potere esecutivo, e cioè le leggi delegate e i decreti-legge<sup>26</sup>.

Per quanto concerne le leggi delegate, va ricordato che, a norma dell'art. 76 Cost., esse traggono la propria legittimazione da una delega parlamentare che deve contenere principi e criteri direttivi, limiti temporali di esercizio e una precisa determinazione degli oggetti di riferimento. Tuttavia, non tutto è delegabile: non lo sono per esempio le leggi che comportano una revisione della Costituzione, e nemmeno quelle che rappresentano strumenti di controllo esercitabili dal solo Parlamento (si pensi alla conversione dei decreti-legge, di cui si dirà tra breve).

La seconda tipologia di "atti aventi forza di legge" che il governo è abilitato ad emanare è costituita, come si è detto, dai decreti-legge, che sono provvedimenti provvisori adottati dall'esecutivo sotto la sua responsabilità, per affrontare situazioni straordinarie di necessità e urgenza (art. 77 Cost.). Essi devono essere convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni dall'emanazione; in caso contrario, decadono con efficacia retroattiva, cioè dal giorno della loro adozione. Come le leggi delegate, anche i decreti-legge sono assoggettati ad alcuni limiti tassativi, tra cui in particolare il limite delle materie: i decreti-legge non possono ad esempio essere adottati in materia costituzionale ed elettorale, ovvero in tema di ratifiche dei trattati internazionali.

Limiti ulteriori all'impiego dei decreti-leggi, oltre a quelli di rango costituzionale appena citati, sono stati altresì previsti dalla legge 23/8/1988, n. 400, allo scopo di arginare il più possibile i rischi di abuso connessi alla utilizzazione di tali decreti. In tale prospettiva, la legge n. 400 ha cercato di affrontare i due problemi che più frequentemente si sono imposti all'attenzione degli operatori, e cioè per un verso l'impiego di tali decreti in assenza del presupposto costituzionale dei "casi straordinari di necessità ed urgenza", per altro verso la reiterazione degli stessi nelle ipotesi di mancata conversione in legge.

Per quanto riguarda il primo problema, l'art. 15 della legge in esame ha disposto che nel preambolo dei decreti vengano esattamente indicate le

---

26. Per la verità, non sono mancate in dottrina posizioni di dissenso rispetto alla riconduzione dei decreti-legge e delle leggi delegate tra le fonti di produzione del diritto penale. In particolare, sono state manifestate serie riserve circa l'idoneità di tali strumenti normativi a garantire per un verso la tutela delle minoranze e degli stessi diritti di libertà, per altro verso quelle esigenze di ponderazione che dovrebbero sempre ispirare la creazione di norme penali. Sul punto, una posizione di netta chiusura è proposta da CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano 1970, p. 249. Alcune riserve sono espresse altresì da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 1989, p. 61.

circostanze straordinarie di necessità ed urgenza che impongono al governo l'adozione dei decreti medesimi; e ciò nell'evidente scopo di circoscrivere il più possibile il rischio di una trasformazione dei decreti d'urgenza in strumenti "ordinari" di produzione normativa.

Quanto al secondo problema, lo stesso art. 15 ha fatto divieto al governo di reiterare le disposizioni dei decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; con ciò accogliendo (quantomeno in parte) i richiami della Corte costituzionale, che ha espresso in diverse occasioni le proprie riserve in relazione alla prassi del tutto consolidata di rinnovare i decreti non convertiti<sup>26 bis</sup>

Come già detto in precedenza<sup>27</sup>, l'esercizio della potestà normativa da parte del governo non si esaurisce nell'adozione di atti costituenti fonti primarie del diritto, quali appunto le leggi delegate e i decreti-legge; tale potestà si estende infatti anche agli atti di normazione cd. "secondaria", e cioè in sostanza i regolamenti. A questi ultimi, tuttavia, è certamente preclusa la possibilità di creare direttamente o indirettamente norme penali, mentre non è preclusa la possibilità di integrarle - ove il legislatore lo consenta - secondo particolari modelli e limiti che verranno diffusamente trattati nel § 1.2.B.

La creazione delle fattispecie penali deve considerarsi preclusa anche alle leggi regionali, e ciò per svariate ragioni.

In primo luogo, come da tempo viene sottolineato dalla dottrina<sup>28</sup>, il riconoscimento alle singole Regioni di una potestà normativa penale potrebbe determinare un trattamento diseguale dei cittadini italiani in relazione a fatti del tutto analoghi, in aperta violazione dell'art. 3 Cost.

In secondo luogo, si è ritenuto che un ulteriore impedimento in tale direzione possa essere ravvisato nella norma contenuta nell'art. 120 Cost., che vieta alle Regioni di adottare provvedimenti che siano di ostacolo al libero esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini<sup>29</sup>.

Ma soprattutto, come la Corte costituzionale ha recentemente ribadito<sup>30</sup>, la ragione determinante per cui deve ritenersi inammissibile l'attribuzione di una potestà penale alle Regioni deve essere ravvisata nella complessità dei compiti che comporta nel nostro sistema una piena e corretta operatività della riserva di legge. Tale principio non si esaurisce infatti nel semplice riconoscimento a vantaggio dello Stato di un sostanziale monopolio legislativo nella materia penale; esso, infatti, si accompagna necessariamente ad una pluralità di altri principi (tra cui ad esempio quelli di sussidiarietà, di frammentarietà, di necessaria significatività costituzio-

26 bis. Cfr. per esempio Corte cost. 9/3/1988, n. 302, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1245.

27. BÉLIVEAU, BERNARDI, RUSSO, *Le garanzie costituzionali*, cit. § 3.1.1. B.

28. Cfr. per esempio MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 90.

29. In questo senso PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, p. 1044.

30. Corte cost. sent. 25/10/1989, n. 487, in *Giur. cost.* 1989, I, p. 2267.

nale del bene protetto<sup>31</sup>), la cui contemporanea osservanza costituisce un irrinunciabile presupposto per assegnare alla riserva di legge il ruolo positivo che le spetta nella politica criminale di un sistema moderno.

Se dunque le leggi regionali non possono creare (o abrogare) fattispecie penali, ad esse può essere tuttavia attribuito quel potere di integrazione di queste ultime, che viene riconosciuto anche ai regolamenti. Può accadere così che, a causa di leggi regionali diverse tra una Regione e l'altra, possa in qualche misura variare su scala regionale l'ambito di applicazione della fattispecie.

Inoltre, le leggi regionali, ancora una volta come i regolamenti, possono prevedere illeciti puniti con sanzione amministrativa.

Nell'elencazione delle fonti abilitate alla creazione o all'integrazione di norme penali, alcune brevi considerazioni vanno infine dedicate alla consuetudine,

A tale fonte di diritto, che presuppone, come ben si sa, la ripetizione costante ed uniforme di una certa condotta, assunta nella convinzione della sua giuridica obbligatorietà, viene riconosciuto in generale, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, una rilevanza abbastanza modesta<sup>32</sup>.

All'interno del sistema penale, poi, caratterizzato come detto da una piena operatività del principio della riserva di legge, la consuetudine vede ulteriormente ridotto il proprio ambito di applicazione.

---

31. Come da più parti sottolineato, i principi summenzionati rappresentano degli irrinunciabili punti di riferimento nella costruzione di un diritto penale moderno. Volendone evocare in estrema sintesi i contenuti essenziali, possiamo affermare che il principio di sussidiarietà esprime l'idea che la sanzione penale debba costituire l'*extrema ratio*: debba in altri termini essere utilizzata solo nei casi in cui una efficace tutela di un certo bene giuridico non possa verosimilmente essere ottenuta da una sanzione avente diversa natura. Quanto al principio di frammentarietà, esso si traduce sostanzialmente nell'esigenza che la fattispecie incriminatrice comprenda nel proprio ambito solo ben definite tipologie ontologiche di aggressione a beni giuridici altrettanto chiaramente individuati. La tutela offerta da tale principio è dunque una tutela "non piena", nel senso che presuppone che la protezione di un certo bene giuridico non riguardi tutte le possibili forme di aggressione a quel bene, ma solo alcune aggressioni. Ciò vale soprattutto quando l'importanza del bene giuridico diminuisce. Infine, il principio di necessaria significatività costituzionale del bene giuridico comporta la necessità che il legislatore tuteli con la previsione di una sanzione penale quei soli beni o interessi caratterizzati da un rilievo implicitamente o esplicitamente costituzionale. Si noti peraltro che l'accoglimento dei principi suddetti è stato auspicato non solo dalla dottrina e dalla più recente giurisprudenza costituzionale (v. la già citata sentenza n. 487 del 1989), ma addirittura anche a livello governativo, come risulta chiaramente dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19/12/1983, relativa ai criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.

32. Più precisamente, ai sensi degli artt. 1 e 8 delle disposizioni preliminari al codice civile, nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, la consuetudine ha efficacia solo se da essi richiamata.

Essa, pertanto, non può svolgere né una funzione incriminatrice, né tantomeno una funzione abrogatrice di norme penali preesistenti. Si discute invece in dottrina se essa possa esercitare una funzione scriminante<sup>33</sup> ovvero una funzione integratrice<sup>34</sup> rispetto a quelle norme penali che, naturalmente, siano suscettibili di essere integrate attraverso la consuetudine.

A conclusione di questi brevi cenni sul ruolo attribuibile alla riserva di legge in materia penale, è infine opportuno segnalare che gran parte della dottrina italiana tende attualmente a smitizzare il significato storico-politico di tale principio, da sempre identificato nella esigenza di garantire i diritti di libertà dei singoli e delle minoranza<sup>35</sup>.

Numerosi sono infatti i fattori che possono rendere sostanzialmente illusorie le esigenze di garanzia considerate sottese alla riserva di legge: tra di essi, possiamo ricordare in particolare i rischi "fisiologicamente" connessi alle diverse connotazioni e finalità delle forze politiche di maggioranza (rischi a maggior ragione accentuati dalla recente introduzione in Italia del sistema elettorale maggioritario), nonché i pericoli inevitabilmente prodotti da una incontrollata dilatazione del sistema penale.

Per quanto concerne il primo punto indicato, e cioè quello concernente la "qualità" delle forze politiche rappresentate in Parlamento, risulta del tutto evidente che una competizione elettorale, quand'anche risulti condotta su basi essenzialmente democratiche, non è di certo in grado di ga-

---

**33.** Secondo un primo orientamento, la riserva di legge in materia penale costituirebbe una barriera insormontabile al riconoscimento di una scriminante di fonte consuetudinaria (in questo senso, per esempio, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 82); viceversa, secondo altro orientamento, la soluzione affermativa troverebbe la propria conferma vuoi nella ratio garantista tradizionalmente riconosciuta alla riserva di legge, vuoi nella considerazione secondo cui le norme che configurano cause di giustificazione non avrebbero un carattere specificamente penale, (in questo senso per esempio, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, *Parte generale*, cit., p. 65).

**34.** Il concetto di "integrazione" della norma penale è particolarmente complesso, e ad esso verrà dedicata la trattazione del par. 1.2. B. Per il momento, per quanto attiene all'argomento del presente paragrafo, ci si può limitare ad asserire che, secondo una parte della dottrina, gli apporti alla norma penale ad opera delle fonti inferiori alla legge devono essere rigorosamente delimitati, e in nessun caso potrebbero essere effettuati da fonti dai contorni particolarmente incerti quali appunto la consuetudine (in questo senso, cfr. FIANDACA-MUSCO, *ivi*). Viceversa, secondo altra dottrina, la consuetudine integratrice potrebbe validamente operare in tutti i casi in cui la norma penale rinvii - anche solo implicitamente - ad altre norme appartenenti a settori dell'ordinamento in cui la consuetudine può essere fonte di diritto (nel senso indicato cfr. MANTOVANI, *ivi*, il quale cita ad esempio la norma scriminante dell'art. 51 c.p., ricordando che i diritti e i doveri il cui esercizio o il cui adempimento svolge una funzione scriminante, possono trovare la propria fonte anche in una norma consuetudinaria).

**35.** Rinviamo sul punto al § 3.1.1. B. della prima parte di questo lavoro, oggetto di autonoma pubblicazione, cit.



rantire con assoluta certezza la "democraticità" delle scelte che in concreto verranno effettuate dalle forze politiche che da essa usciranno vincenti. Può così succedere (e gli esempi storici sono purtroppo assai numerosi) che una assemblea parlamentare, pur democraticamente formata, si comporti in modo assolutamente dispotico; e ciò senza alcuna necessità di apportare modifiche al principio della riserva di legge.

Per quanto invece concerne il secondo punto cui prima si è accennato, e cioè quello concernente il cd. carattere ipertrofico del diritto penale, va subito rilevato come si tratti di un problema tutt'altro che teorico, ed anzi dai contorni piuttosto preoccupanti. Ci si riferisce specificamente alla sempre maggiore estensione raggiunta dal diritto penale nel corso del tempo, a discapito dei principi di sussidiarietà e frammentarietà<sup>36</sup> cui invece dovrebbe ispirarsi il legislatore. Tale fenomeno ha interessato soprattutto il cd. diritto penale "complementare" (cioè le norme penali collocate in leggi speciali, e dunque al di fuori del codice) e si è accompagnato ad un sempre più frequente ricorso a tecniche di creazione delle fattispecie assai discutibili, quali ad esempio quelle fondate sui rinvii formali ovvero sulla previsione di clausole sanzionatorie finali<sup>37</sup>.

### 1.1.2. Un problema dai profili comuni: la norma penale in bianco.

#### A. In Canada: l'interazione tra la norma penale e la norma non penale.

Malgré toutes les exigences quant à la nécessité d'une norme écrite, le législateur a prévu au *Code criminel* une infraction générale<sup>38</sup>, applicable dans tous les cas où une loi fédérale prévoit une obligation sans en préciser la sanction en cas de contravention, Les cas ne sont pas nombreux où le

---

36. Cfr., *supra*, nota 31.

37. Per rinvio formale si intende fare riferimento ai casi in cui la norma rinviante disciplina una certa materia, rimettendosi alle norme prodotte da altre fonti per la precisazione della suddetta disciplina. Quanto alle clausole sanzionatorie finali, esse rappresentano una particolare tecnica di costruzione delle fattispecie (particolarmente diffusa nell'ambito del cd. diritto complementare), consistente nel sanzionare penalmente l'inosservanza di precetti contenuti in disposizioni non aventi carattere penale. Un esempio assolutamente emblematico può essere ravvisato nell'ambito del microsistema di diritto penale societario enucleato dagli artt. 2621-2642 c.c., per l'appunto in larga parte costruito corredando di sanzione penale l'inosservanza di precetti provenienti da altri settori dell'ordinamento (si veda ad esempio l'art. 2630 n. 2). Tale tecnica normativa è stata pesantemente stigmatizzata non solo dalla prevalente dottrina, ma anche dalla circolare 3/2/1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in *Cass. pen.*, 1986, p. 624.

38. Art. 126 C.cr.

ministère public a utilisé cette disposition parce que la loi prévoit presque toujours l'imposition d'une sanction en cas de contravention. Elle a notamment été invoquée afin de sanctionner le président du syndicat des postes canadiennes qui, suite à l'adoption par le législateur d'une loi spéciale destinée à forcer le retour au travail des employés des postes, avait omis d'avertir les membres que la grève était devenue illégale, tel que l'exigeait une disposition de cette loi<sup>39</sup>. Aucune sanction n'étant prévue dans la loi, le ministère public s'est prévalu de la disposition criminelle lui permettant de déposer des accusations. Le fait que la disposition n'ait pas été utilisée souvent confirme, selon nous, le principe fondamental de la norme écrite des infractions pénales.

Une deuxième forme de norme en blanc existe également en droit pénal canadien. Elle découle d'une pratique bien établie qui consiste à déléguer le pouvoir d'adopter des règlements d'application de lois pénales. Ces règlements, élaborés par d'autres instances que le Parlement, souvent l'Exécutif, ont pour fonction de préciser l'application de la loi. Ils ont également l'avantage de pouvoir être modifiés à volonté par une procédure beaucoup plus souple que l'adoption d'une loi. Signalons qu'en règle générale, ces règlements doivent faire l'objet d'une publicité, i.e. d'une publication, avant leur adoption. Il reste néanmoins que, d'une certaine façon, le législateur s'en remet à d'autres pour décider du champ d'application d'une loi, laissant dans une relative incertitude les actes qui seront prohibés.

Un exemple simple permettra de bien comprendre le mécanisme. Il ne fait pas de doute que le droit canadien interdit le trafic des drogues. Pour ce faire, le législateur a adopté la *Loi sur les stupéfiants*<sup>40</sup> ainsi que la *Loi sur les aliments et drogues*<sup>41</sup>. Or, cette dernière ne précise pas les substances visées par la prohibition, laissant plutôt cette tâche au gouverneur en conseil<sup>42</sup> qui, par le truchement d'un règlement, élabore, modifie et adopte la liste des drogues prohibées. Cette liste figure en annexe de la loi mais, comme nous l'avons mentionné, elle peut changer. Une drogue légale un jour peut donc devenir illégale rapidement, sans l'intervention du Parlement. C'est la situation à laquelle a fait face un dénommé Molis dans l'affaire du même nom<sup>43</sup>. Molis produisait, tout à fait légalement, une drogue chimique «MDMA». En juin 1976, le règlement a été modifié par l'insertion de la drogue «MDMA» à la liste des drogues prohibées. Le 26 août sui-

---

39. R. c. *Parrot*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 539 (C.A.O.).

40. L.R.C. (1985), c. N-1.

41. L.R.C. (1985), c. F-27.

42. Par. 30(2). Le gouverneur en conseil, au Canada, désigne le conseil des ministres qui représente l'Exécutif.

43. R. c. *Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356.

vant, Molis était arrêté. Nul doute que la modification avait été publiée conformément à la procédure, mais il ressort de cette illustration le principe qu'une conduite légale peut devenir criminelle sans intervention du Parlement canadien. En ce sens, plusieurs lois canadiennes renferment de tels mécanismes.

Une autre forme de norme pénale en blanc découle de la pratique, également largement répandue, de prévoir, dans une loi, que la contravention à quelque disposition de cette loi, ou à la réglementation adoptée en vertu de cette loi, constitue une infraction punissable d'une peine que fixe le législateur. Dans un tel cas, le législateur fait tomber sous le coup du droit pénal toutes les contraventions à la norme réglementaire non encore adoptée. Il faut toutefois souligner que sur le plan pratique, le résultat est le même que si le législateur avait délégué à l'organisme réglementaire le pouvoir de créer une norme pénale. Il est également utile de rappeler qu'on ne connaît pas, au Canada, la distinction entre le droit pénal et le droit administratif punitif. La commission de ces infractions donne généralement lieu à l'imposition d'une amende. On pourrait par contre peut-être soutenir que contreviendrait aux règles de justice fondamentale garanties à l'article 7 de la Charte, l'imposition d'une importante peine d'emprisonnement dans un tel cas.

*B. In Italia: l'interazione tra la norma penale e la norma amministrativa.*

La trattazione del principio della riserva di legge in materia penale non può prescindere dall'esame di un noto e controverso dibattito di cui si è a lungo occupata la dottrina italiana, avente ad oggetto la determinazione dell'esatta estensione del principio in esame. Tale dibattito - che viene tradizionalmente riassunto nella contrapposizione tra una concezione "assoluta" e una concezione "relativa" della riserva di legge - risulta essenzialmente incentrato sulle relazioni intercorrenti tra fonti di diritto primarie e secondarie in materia penale.

Più precisamente, premesso che tale distinzione non ha fondamenti costituzionali ma è di pura creazione dottrinale, la questione che sostanzialmente si pone è quella di verificare se siano ammissibili, e in caso affermativo, in quale misura, apporti di fonti secondarie, e più in generale, di atti amministrativi, nella creazione delle fattispecie penali.

L'accoglimento della concezione assoluta della riserva di legge, comporterebbe la totale inammissibilità di un'integrazione da parte di fonti secondarie nella determinazione delle norme penali; sicché al potere legislativo dovrebbe essere riconosciuto un monopolio pressoché totale nella creazione dell'ordinamento penale.

Viceversa, secondo il contrapposto orientamento, un contributo integrativo da parte delle fonti secondarie non solo sarebbe ammissibile, ma

addirittura auspicabile, quantomeno in tutte quelle ipotesi in cui risulti necessario un apporto di tipo tecnico o comunque specificativo che il Parlamento non sarebbe in grado di dare.

Come appare agevolmente intuibile, le esigenze che vengono in gioco sono diverse e tutte di assoluto rilievo: da un lato infatti, risulta del tutto evidente che, laddove si consentisse al potere legislativo di "spogliarsi" delle proprie attribuzioni delegandole all'esecutivo, ne conseguirebbe un grave ridimensionamento della *ratio* garantista tradizionalmente considerata sottesa alla riserva di legge<sup>44</sup>; dall'altro lato, tuttavia, risulta altrettanto evidente che la necessità di ritagliare uno spazio nell'ambito del quale consentire apporti specificativi da parte delle fonti inferiori alla legge deriva dall'esigenza di conciliare la norma costituzionale col dato di esperienza<sup>45</sup>, e dunque di scongiurare sia il rischio di paralizzare i lavori parlamentari sia l'incongruenza di assegnare al Parlamento compiti non rientranti in apprezzamenti di tipo "politico" bensì concernenti accertamenti di indole tecnica che sfuggono per ovvie ragioni alle capacità conoscitive del potere legislativo<sup>46</sup>.

Si noti ancora che la descritta contrapposizione tra concezione assoluta e concezione relativa della riserva di legge assume un rilievo determinante nel sistema italiano in forza del carattere rigido della Costituzione<sup>47</sup>, non potendosi dubitare che in un ordinamento a Costituzione flessibile la riserva di legge rappresenti semplicemente un vincolo autonomamente posto a se stesso dal legislatore, e da quest'ultimo discrezionalmente derogabile.

La questione di cui ci stiamo occupando - va sottolineato - è stata oggetto di innumerevoli interventi della Corte costituzionale.

44. È, questa, la preoccupazione sicuramente dominante di gran parte della dottrina italiana. Cfr. per esempio: BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.Dig.it.*, XIX, Torino 1973, p. 38; ID., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1965, p. 233; ID., *Legalità e crisi. L'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione*, rivisitati *alla fine* degli anni '70, in *La questione criminale*, 1980, p. 191; ID., *Il 2 e 3 comma dell'art. 25 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna 1981, p. 239; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, cit., p. 232; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 58; GALLO M., *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino 1967, p. 20; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano 1980, p. 50; ID., *Legge penale*, cit., p. 1047; ID., *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Ind. pen.* 1977, p. 381.

45. MANIOVANI, *Diritto penale*, cit., 86.

46. Per esempio, nella fattispecie che incrimina la produzione di sostanze alimentari tramite impiego di additivi chimici non autorizzati (art. 6, l. 30/4/1962, n. 283), l'elenco di tali additivi è fornito con decreto del Ministro della Sanità.

47. Sul significato del carattere "rigido" o "flessibile" delle Carte costituzionali, cfr. BÉLIVEAU, BERNARDI, RUSSO, *Le garanzie costituzionali*, cit. § 1.1.B.

Nelle sue pronunce, la Corte sembra essersi sostanzialmente ispirata alla necessità di evitare le eccessive radicalizzazioni, adottando nel complesso soluzioni giurisprudenziali per un verso volte a riaffermare la *ratio* garantista della riserva di legge e i suoi contenuti ineliminabili, per altro verso decise a salvaguardare il più possibile l'ordinamento vigente (composto in larga misura da forme di integrazione tra fonti primarie e fonti secondarie).

Tutto il percorso giurisprudenziale della Corte è stato infatti caratterizzato dalla volontà di ribadire l'astratta ammissibilità di interventi specificativi ad opera di fonti inferiori alla legge, relegando le declaratorie di illegittimità costituzionale per violazione della riserva di legge a quelle sole ipotesi in cui il potere legislativo aveva effettivamente delegato all'esecutivo il potere di indicare elementi determinanti della fattispecie penale<sup>48</sup>.

Proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia, ed in particolare delle pronunce di illegittimità (che peraltro sono soltanto due, risalenti rispettivamente al 1966 e al 1990<sup>49</sup>), è possibile tracciare un quadro riassuntivo dei rapporti tra la "legge" da un lato, e i regolamenti (o più in generale gli atti amministrativi) dall'altro, nel porre la normazione in materia penale.

A) Iniziando la trattazione dalle ipotesi non controverse, vanno sicuramente segnalate come ammissibili sotto il profilo costituzionale quelle forme di integrazione che si risolvono nella semplice specificazione da parte delle fonti sublegislative di elementi già compiutamente descritti nella fattispecie legale.

In altri termini, deve considerarsi costituzionalmente legittima l'ipotesi in cui il legislatore abbia delineato con chiarezza gli elementi costitutivi del reato (e cioè condotta, evento, bene giuridico tutelato, tipo e misura della sanzione), rinviando alle fonti sublegislative per la sola puntualizzazione di elementi attinenti a settori tecnici o comunque soggetti a particolari esigenze di aggiornamento.

---

48. Nell'ambito delle pronunce di rigetto delle questioni di legittimità sollevate dai giudici a *quibus*, cfr. in particolare le sentenze 18/1/1958, n. 4, in *Giur. cost.* 1958, p. 17; 12/3/1962, n. 15, in *Giur. cost.* 1962, p. 161; 23/12/1963, n. 169, in *Giur. cost.* 1963, p. 1682; 39/5/1964, n. 36, in *Giur. cost.* 1964, p. 483; 26/11/1964, n. 96, in *Giur. cost.* 1964, p. 1033; 5/7/1968, n. 88, in *Giur. cost.* 1968, p. 1452; 3/4/1969, n. 61, in *Giur. cost.* 1969, p. 993; 5/4/1971, n. 69, in *Giur. cost.* 1971, p. 638; 9/6/1971, n. 125, in *Giur. cost.* 1971, p. 1205; 8/7/1971, n. 166, in *Giur. cost.* 1971, p. 1766; 9/1/1972, n. 9, in *Giur. cost.* 1972, p. 34; 27/6/1972, n. 113, in *Giur. cost.* 1972, p. 1250; 1/3/1973, n. 21, in *Giur. cost.* 1973, p. 245; 23/1/1974, n. 9, in *Giur. cost.* 1974, p. 33; 25/3/1975, n. 74, in *Giur. cost.* 1975, p. 770; 10/6/1982, n. 108, in *Giur. cost.* 1982, p. 1055.

49. Si tratta delle sentenze 23/3/1966, n. 26, in *Giur. cost.* 1966, p. 262 e 14/6/1990, n. 282, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1991, p. 989.

In questo primo gruppo di ipotesi, un esempio assolutamente emblematico può essere rawisato nella disciplina penale degli stupefacenti, nell'ambito della quale l'ammissibilità di apporti specificativi da parte del Ministero della sanità è sempre stata ribadita con decisione dalla Corte costituzionale. In particolare, non ha sostanzialmente destato problemi il fatto che l'elenco dettagliato delle sostanze da considerare stupefacenti potesse essere compilato in apposite tabelle contenute in decreti ministeriali, laddove le scelte politiche di fondo fossero state effettuate in sede parlamentare: il che in sostanza era quanto accadeva con la normativa del 1975<sup>50</sup>.

Viceversa, ben più problematica è apparsa sin da principio la scelta del legislatore del '90 di rimettere alle valutazioni ministeriali la determinazione di elementi ulteriori rispetto alla semplice indicazione delle cd. sostanze droganti. In particolare, ha sollevato diffuse riserve il fatto che, ai sensi dell'art. 78, comma 1 della l. 26/6/1990, n. 162, la determinazione della "dose media giornaliera" - concetto dal quale si faceva sostanzialmente dipendere la distinzione tra il consumo personale (penalmente irrilevante) e la detenzione a fini di spaccio (pesantemente sanzionata) - fosse rimessa alle decisioni del Ministro della sanità<sup>51</sup>.

Invero, tale soluzione normativa ha sollecitato innumerevoli giudici di merito a sollevare questioni di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale, per la presunta violazione sia del principio di eguaglianza sia - per quanto qui ci interessa - del principio della riserva di legge.

Con particolare riferimento a tale ultimo profilo, ciò che in sostanza si contestava non era la possibilità delle fonti sublegislative di procedere ad una specificazione di elementi già contenuti nella normativa legale, quanto piuttosto il fatto che la rilevanza penale di una condotta dovesse dipendere da un concetto di dubbia fondatezza scientifica, quale appunto quello di "dose media giornaliera", rimesso alla determinazione del potere esecutivo-amministrativo.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha mai accolto le suddette questioni di legittimità, e ha invece cercato di temperare la rigidità della normativa in esame suggerendo alla magistratura alcuni possibili correttivi<sup>52</sup>.

---

50. L. 22/12/1975, n. 685.

51. Il Ministro della Sanità aveva provveduto con proprio decreto 12/7/1990, n. 186. Si noti peraltro che il concetto di "dose media giornaliera" è stato cancellato a seguito del referendum abrogativo tenuto nella primavera del 1993.

52. Con le sentenze 10/7/1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2646; 27/3/1992, n. 133, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1113 e 1/7/1992, n. 308, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2574, la Corte ha ritenuto che la sostanziale equiparazione tra lo spacciatore e il consumatore che fosse trovato in possesso di una quantità di stupefacenti superiore alla "dose media giornaliera" non fosse costituzionalmente illegittima e corrispondesse invece ad obiettivi di politica criminale di per sé non censurabili. La stessa Corte, tuttavia, ricordando il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo ritenuto illegittimo (attribuzione prevista dall'art. 5 della

B) Procedendo nella nostra trattazione, un ulteriore possibile modello di integrazione tra la legge e i regolamenti (o comunque altri atti amministrativi) è costituito da quella particolare ipotesi in cui il legislatore rinvia alla fonte secondaria per la determinazione del fatto concretamente punibile. Con riferimento a tali forme di rinvio, particolarmente discusse nel nostro sistema, si parla tradizionalmente di "norme penali in bianco". La caratteristica fondamentale di tali norme è costituita dal fatto che esse si limitano a prevedere il tipo e i limiti minimi e massimi di pena mentre lasciano la concreta determinazione del precetto a fonti non legislative. Quale esempio paradigmatico viene tradizionalmente citato l'art. 650 c.p., che sanziona con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda l'inservanza di qualsiasi provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, ovvero di ordine pubblico o d'igiene.

Come si diceva poc'anzi, questa particolare tipologia di norma incriminatrice è stata oggetto di un animato e perdurante dibattito, nel corso del quale sono state proposte – dalla dottrina e dalla giurisprudenza – le ricostruzioni più disparate. In particolare, in base ad un primo orientamento, le norme penali in bianco sarebbero perfettamente rispettose del principio della riserva di legge giacché conterrebbero un precetto completo, consistente in un "dovere di obbedienza" emergente dalla fattispecie<sup>53</sup>.

Secondo una diversa impostazione, anch'essa largamente favorevole alla conformità delle norme penali in bianco al principio della riserva di legge, l'ammissibilità delle norme in esame deriverebbe invece dal fatto che le fonti sublegislative richiamate (regolamenti o altri atti amministrativi) non costituirebbero una vera e propria forma di integrazione della fattispecie incriminatrice: esse, infatti, rappresenterebbero semplici "presupposti" della norma penale<sup>54</sup>; e ciò, paradossalmente, persino nei casi in cui la norma integratrice fosse cronologicamente successiva alla norma penale in bianco.

Infine, secondo un ulteriore orientamento dottrinale, le norme penali in bianco sfuggirebbero ad una classificazione unitaria, e andrebbero invece esaminate caso per caso al fine di verificare se il legislatore, nel rin-

---

1.224811865, All. E) suggeriva implicitamente un possibile espediente per ignorare in sede giudiziaria atti amministrativi ritenuti irragionevoli o comunque affetti da vizi di legittimità. Tale ultimo suggerimento è stato prontamente accolto dal Tribunale di Roma con la sentenza 9/10/1991 (in *Cass.pen.* 1992, p. 1338), nella quale si giunse per l'appunto alla disapplicazione del D.M. 18611990.

53. Cfr. per esempio ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1932, p. 503 e anche ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 95.

54. In questo senso PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti De Marsico*, Milano 1960, p. 397.

viare alle fonti secondarie, abbia sufficientemente specificato i presupposti e i contenuti di queste ultime<sup>55</sup>.

Sulle norme penali in bianco si è pronunciata in numerose occasioni anche la Corte costituzionale. La sua giurisprudenza – essenzialmente incline al salvataggio delle norme in esame – sembra avere sostanzialmente ricalcato le indicazioni che nel corso del tempo sono state variamente proposte dalla dottrina.

Più precisamente, premesso che le questioni di legittimità sollevate sono state tutte respinte, salvo in una sola occasione risalente al 1990, la Corte in alcune sentenze ha mostrato di accogliere la tesi secondo cui il contenuto dell'illecito doveva essere identificato nella "disobbedienza come tale"<sup>56</sup>; in altre ha deciso di aderire alla teoria volta a considerare le norme regolamentari quali "presupposti" della norma penale<sup>57</sup> (14); in altre ancora (statisticamente le più numerose e recenti), si è attestata sul criterio della "sufficiente specificazione del precetto"<sup>58</sup>.

Tale ultimo criterio è stato per l'appunto accolto dalla Corte nell'unica sentenza conclusasi con una declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>59</sup>.

Nella pronuncia suddetta, la Corte ha fornito un quadro riassuntivo dei rapporti tra legge penale e fonti subordinate, che può essere così sintetizzato:

a) quale affermazione di partenza, la Corte ha ricordato che la riserva di legge in materia penale può dirsi effettivamente rispettata solo quando il legislatore abbia determinato con sufficiente chiarezza e completezza il fatto cui si riferisce la sanzione penale;

b) conseguentemente, sono state ritenute costituzionalmente ammissibili sia l'ipotesi in cui la fonte subordinata si limiti a specificare elementi già compresi nella fattispecie legale e che sfuggono per loro natura ad una indicazione particolareggiata da parte della legge (si pensi agli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti), sia l'ipotesi in cui il precetto penale consista nel sanzionare l'inosservanza di provvedimenti provenienti dall'autorità amministrativa, sempreché la legge ne abbia indicato "presupposti, carattere, contenuto e limiti"<sup>60</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte concludeva per l'illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo vaglio, giacché tali norme, per

55. La necessità di verificare caso per caso la conformità di simili fattispecie ai principi di diritto penale costituzionale è affermata, tra gli altri, da MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 88.

56. Cfr. ad esempio Corte cost. sentt. 19/5/1964, n. 36, cit., e 27/6/1972, n. 113, cit.

57. Cfr. ad esempio Corte cost. sent. 19-26/11/1964, n. 96, cit.

58. Cfr. ad esempio Corte cost. sentt. 4-9/6/1971, n. 125, cit.; 5-8/7/1971, n. 168, cit.; 13-19/1/1972, n. 9, cit.; 10/3-21/5/1982, n. 108, cit.

59. Corte cost. sent. 11-14/6/1990, n. 282, in *Riv.it.dir.proc.pen*, 1991, p. 989.

60. Corte cost. sent. 11-14/6/1990, n. 282, cit., p. 993.



l'individuazione dei soggetti attivi del reato, facevano rinvio ad un regolamento, demandando in tal modo all'amministrazione la determinazione di elementi assolutamente rilevanti per l'individuazione del fatto tipico<sup>61</sup>.

In particolare, la Corte sottolineava come, nelle suddette ipotesi di rinvio, non abbia alcun rilievo ai fini del rispetto della riserva di legge, il fatto che il regolamento o comunque l'atto amministrativo siano preesistenti oppure siano da emanare: infatti, come la stessa Corte ha precisato, "la rigidità del rinvio ad uno specifico atto preesistente quando persista il potere dell'amministrazione di revocarlo, di sostituirlo o di modificarlo, rappresenta una tecnica normativa suscettibile d'introdurre incertezze sul contenuto del fatto, ed in questo senso non corrisponde neppure alle esigenze del principio di determinatezza"<sup>62</sup>.

C) Infine, un ultimo possibile modello di integrazione tra legge penale e fonti subordinate, che pure deve ritenersi inammissibile, è quello consistente nel rinvio ad atti sublegislativi per la determinazione della sanzione penale.

Più precisamente, deve ritenersi costituzionalmente illegittima l'ipotesi in cui il legislatore, dopo avere descritto il fatto concretamente punibile, demandi al potere esecutivo-amministrativo la determinazione della sanzione penale da comminare ai trasgressori.

A tali conclusioni la Corte è pervenuta in particolare in una nota sentenza del 1966<sup>63</sup>, conclusasi per l'appunto con una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di legge che rinviava ad atti amministrativi per l'indicazione delle pene da comminare agli autori del fatto; esse sono state tuttavia sempre ribadite nel corso del tempo, anche nella più recente giurisprudenza<sup>64</sup>.

## **1.2. In relazione alle norme penali non incriminatrici: un potere complementare del giudice di diversa estensione.**

*A. In Canada: il ricorso all'interpretazione evolutiva della common law da parte del giudice.*

Nous avons vu que le *Code criminel* constitue la source législative principale en droit criminel canadien. En plus de créer les principales infrac-

---

61. Più precisamente, nella normativa dichiarata illegittima (e cioè il combinato disposto degli artt. 1, comma 1 e 5, comma 1 della l. 7/12/84, n. 818) i soggetti tenuti a compiere una certa attività (richiesta del certificato prevenzione incendi ovvero del nulla osta provvisorio) la cui omissione integrava una ipotesi contravvenzionale, erano individuati mediante totale rinvio ad un decreto ministeriale.

62. Corte cost. sent. 11-14/6/1990, n. 282, cit., p. 995.

63. Corte cost. sent. 17-23/3/1966, n. 26, cit., p. 262.

64. Per esempio in Corte cost. sent. 11-14/6/1990, n. 282, cit., p. 995.

tions, le Code établit la procédure à suivre par l'appareil judiciaire lors de la poursuite des contrevenants. Nous avons également vu que, lors de sa révision en 1955, le législateur canadien a pris soin d'exclure, par l'article 9 du Code, les crimes de common *law*<sup>65</sup>. Par conte, comme nous l'avons également souligné, la common law demeure une source de droit en matières de procédure et de preuve, son importance étant primordiale dans ce dernier cas. De même, le paragraphe 8(3) du Code prévoit que la *common law* continue de s'appliquer en matière d'excuses et de justifications sauf dans la mesure où la règle qui en est issue est incompatible avec la volonté du législateur ou écartée par ce dernier.

Comme on peut le constater, le législateur a confié un rôle important au pouvoir judiciaire dans l'élaboration du droit criminel et notamment, en matière de moyens justificatifs et d'excuses. Le pouvoir judiciaire peut donc, en modifiant la common law sur ce point, restreindre indirectement la portée d'un texte d'incrimination. Il pourrait aussi l'augmenter sous réserve que cela pourrait s'avérer incompatible avec l'alinéa 11g) de la Charte. Cette prérogative des tribunaux est conforme avec la tradition anglo-saxonne qui investit le pouvoir judiciaire d'importantes responsabilités et n'hésite pas à lui faire confiance.

Selon la théorie stricte de la common law, les tribunaux ne "créent" pas le droit; ils ne font que déclarer ce qu'il a toujours été à l'état latent<sup>66</sup>. Or, les juges exprimeront le droit selon une conception contemporaine de la règle en cause et ils devront nécessairement actualiser la règle de common law lorsqu'elle entre en conflit avec les droits garantis par la Charte. Pour ce faire, ils lui donneront une interprétation compatible avec la Charte.

C'est là l'idée générale qu'a exprimée la Cour suprême, à savoir que les règles de common *law* devaient suivre l'évolution sociale et s'adapter, notamment aux impératifs de la Charte<sup>67</sup>. Subséquemment, la Cour suprême a repris cette idée dans plusieurs arrêts où des règles issues de la common law étaient au centre du litige. — titre d'exemples, citons la défense d'aliénation mentale<sup>68</sup>, les exceptions à la règle de l'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire<sup>69</sup> et l'habileté du conjoint séparé à témoigner<sup>70</sup>.

---

65. BÉLIVEAU, P., BERNARDI, A., RUSSO, L., précité, note 1, 163, 169.

66. A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, no 10, 8.

67. SDGMR c. *Dolphin Delivey Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

68. R. c. *Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

69. R. c. *Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

70. R. c. *Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Nous avons expliqué cet arrêt dans notre premier article, précité, note 1, 172.

Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Swain*<sup>71</sup>, la Cour a conclu que la règle de common law, qui permettait à la poursuite de prouver l'aliénation mentale de l'accusé sans qu'il ait soulevé la question de son état mental, violait un droit garanti par la Charte et elle a procédé à sa "modernisation" dans le but de la rendre compatible avec les exigences constitutionnelles. Dans cette affaire, l'accusé faisait face, en vertu de l'article 268 du Code *criminel*, à une accusation de voies de fait graves pour laquelle il était passible de 14 ans d'emprisonnement mais qui, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu du système de remise de peine, lui aurait valu quelques années de détention. Invoquant la règle de *common law*, la poursuite a mis en preuve l'aliénation mentale de l'accusé, l'exposant ainsi à une détention de durée indéterminée à fins de traitement médical.

La Cour a jugé qu'en droit canadien, l'aliénation mentale est un moyen de défense qui appartient entièrement à l'accusé, dans la mesure, évidemment, où ce dernier est reconnu apte à subir son procès. Il tentera d'en faire la preuve s'il le juge nécessaire pour se défendre des accusations qui pèsent contre lui. En l'espèce, puisque l'accusé n'avait pas soulevé de quelque manière son incapacité de comprendre la portée de ses actes, la poursuite ne pouvait pas, a conclu la Cour, l'invoquer de son propre chef. Cela violait un principe de justice fondamentale voulant que l'accusé conserve le contrôle total sur les moyens de défense mis à sa disposition. Étant donné le risque réel que sa liberté soit compromise en raison de la détention automatique découlant d'une conclusion d'aliénation mentale, cela violait l'article 7 de la Charte. La Cour a donc simplement modifié la règle pour permettre à la défense de conserver le plein contrôle sur les moyens qu'elle entend invoquer<sup>72</sup>. Dans le cas particulier de l'aliénation mentale, la défense perdra cependant ce contrôle dès qu'elle soulèvera une question sur l'état mental de l'accusé; la poursuite pourra alors tenter de prouver l'aliénation mentale de ce dernier.

Par ailleurs, la Cour suprême a conclu que le fait de déclarer coupable une personne aliénée irait également à l'encontre des règles de justice fondamentale. Elle a donc décidé que si, suite à l'audition du procès, le tribunal constate la culpabilité de l'accusé, le juge pourra refuser de consigner ce verdict et ordonner que soit tenue une audition sur l'état mental de l'accusé. Si la poursuite démontre alors l'aliénation mentale de ce dernier, il sera acquitté pour cause de trouble mental. Le résultat pratique de la décision de la Cour suprême est donc d'empêcher la poursuite de faire acquit-

---

71. Précité, note 68.

72. Nous verrons que le législateur a, suite à cet arrêt, adopté un régime législatif complet régissant la défense d'aliénation mentale.

ter et détenir, pour trouble mental, une personne à l'égard de laquelle il n'existe pas une preuve suffisante pour justifier un verdict de culpabilité.

Un autre exemple d'actualisation de la *common law*, quoiqu'il vise un problème de preuve, concerne la règle interdisant la preuve par oui-dire. Traditionnellement, le principe général était l'exclusion de ce genre de preuve, sous réserve de certaines exceptions strictement définies. Avant l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour suprême avait exprimé, dans l'arrêt *R. c. Abbey*, le principe fondamental qui sous-tend la règle traditionnelle:

«La règle de l'irrecevabilité du oui-dire vise surtout à assurer la véracité des déclarations. L'exclusion de la preuve par oui-dire se justifie principalement par le fait que la *common law* a en horreur toute preuve qui n'a pas été présentée sous serment et qui n'a pas été soumise à l'épreuve du contre-interrogatoire. On estime que le témoignage rendu sous serment et le contre-interrogatoire constituent les meilleures garanties de la véracité des déclarations de faits présentées.»<sup>73</sup>

Un retour aux principes qui sous-tendent la règle, tel celui qui vient d'être énoncé, est à l'origine de l'assouplissement de son application. La Cour suprême a en effet affirmé, dans l'arrêt *R. c. Khan*:

«Traditionnellement, la règle du oui-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations de mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. Bien que cette attitude ait procuré un certain degré de certitude à la règle en matière de oui-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.»<sup>74</sup>

Selon la Cour, les conditions d'admissibilité d'une preuve par oui-dire «peuvent se ramener à deux exigences générales : la nécessité et la fiabilité»<sup>75</sup>. Dans cette affaire, on reprochait à un médecin une agression sexuelle sur la personne d'une fillette de trois ans. Au procès, la poursuite a voulu mettre en preuve, par le témoignage de la mère, certaines déclarations faites par l'enfant en sortant du cabinet de l'accusé, déclarations qui n'étaient pas visées par une exception jusque-là reconnue. Etant donné la preuve matérielle corroborante, du sperme ayant été trouvé sur ses vêtements, et l'âge de la fillette, celle-ci étant trop jeune pour inventer une ac-

73. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 41.

74. *R. c. Khan*, précité, note 69, 540.

75. *Id.*, 542.

cusation de la nature de celle en cause, la Cour a conclu que l'exigence de fiabilité était remplie. Par ailleurs, puisque le témoignage de la jeune victime était juridiquement irrecevable, celui de la mère devenait absolument nécessaire afin de mettre en preuve le fait en litige. La double exigence de nécessité et de fiabilité étant rencontrée, la Cour supreme a décidé que la mère devait être autorisée à rapporter dans son témoignage la déclaration que lui avait faite sa fille en sortant du cabinet du médecin et ce, bien que cela constituât du oui-dire. Depuis, la Cour supreme a rappelé la nécessité de réévaluer les exceptions à la règle interdisant le oui-dire en fonction des "nouveaux" critères établis dans l'arrêt R. c. *Khan*<sup>76</sup>. Ces décisions, il va sans dire, ont donné le coup d'envoi à une révision, par les tribunaux, de plusieurs exceptions des règles de preuve en matière de oui-dire.

*B. In Italia: il principio di analogia a favore del reo.*

Come ben si sa, l'analogia è quel particolare procedimento logico in forza del quale il giudice sopperisce alla mancata regolamentazione di un caso da parte della legge, facendo ricorso per la soluzione di esso, ai principi generali dell'ordinamento (analogia *iuris*), ovvero alla disciplina prevista dal legislatore per casi analoghi (analogia *legis*).

Nel sistema italiano, l'analogia viene tradizionalmente ed opportunamente distinta dalla interpretazione estensiva, benché la differenziazione tra i due concetti emerga molto più chiaramente sotto il profilo teorico che non dalle concrete soluzioni applicative.

In buona sostanza, mentre l'interpretazione estensiva è volta all'individuazione del significato della norma penale nella sua massima estensione, viceversa il procedimento analogico rappresenta un possibile espediente per risolvere in sede giudiziaria ipotesi prive di una regolamentazione normativa.

Per quanto concerne il ruolo che può essere riconosciuto all'analogia nel sistema penale italiano, non è possibile fornire una risposta unitaria, giacché la prevalente dottrina e la stessa giurisprudenza pervengono a soluzioni diverse a seconda che l'analogia riguardi le norme incriminatrici (analogia *in malam partem*), ovvero le disposizioni penali aventi un contenuto "favorevole"<sup>77</sup> (analogia *in bonam partem*).

Nel primo caso vige infatti un divieto assoluto di ricorso al procedi-

76. Voir R. c. *Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

77. Il concetto di "norma penale di favore" è naturalmente valutativo, e si presta pertanto a varie interpretazioni. Riassuntivamente, possiamo ritenere comprese nella locuzione in esame le cause di non punibilità, le scriminanti e, più in generale, tutte le norme che prevedono effetti più benevoli rispetto a quelli che conseguirebbero in caso di loro disapplicazione. Sul punto, cfr. in particolare PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 256.

mento analogico, che i più ritengono di poter desumere vuoi dall'art. 25, comma 2 Cost. che afferma il principio di legalità nella sua massima estensione, vuoi dagli artt. 1 e 199 c.p. che ribadiscono a livello di legge ordinaria quanto asserito in sede costituzionale, vuoi infine dall'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo il quale "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

Si noti peraltro che, al di là delle dichiarazioni di principio, il divieto di analogia delle norme penali sfavorevoli risulta di fatto violato, o quanto meno suscettibile di elusione, in tutti i casi in cui il legislatore rinunci ad una corretta tipicizzazione dell'illecito, ovvero, nel definire l'ambito di applicazione della norma, ricorra a formule di chiusura quali ad esempio quelle che consentono l'applicazione della fattispecie anche "in casi analoghi" a quelli espressamente contemplati<sup>78</sup>.

Per quanto invece riguarda l'analogia *in bonam partem*, il discorso è indubbiamente diverso.

La dottrina discute infatti da tempo se debba considerarsi ammissibile e, in caso di risposta affermativa, quali siano i suoi confini applicativi.

Le soluzioni dipendono in larga misura dalla *ratio* che si intende riconoscere in via prioritaria al principio di legalità ed in particolare al suo corollario della tassatività: più precisamente, coloro che privilegiano le istanze garantiste, di tutela della libertà personale, propendono in larga misura per l'ammissibilità del procedimento analogico sul versante c.d. "favorevole"<sup>79</sup>; viceversa, coloro che attribuiscono una primaria importanza alle istanze di certezza, nonché di stabilità e uniformità di trattamento, ritengono che il divieto di analogia nel sistema penale abbia una portata assoluta e non conosca dunque eccezioni<sup>80</sup>.

78. Un esempio di tale tecnica normativa può essere rawisato nell'art. 121 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che punisce l'esercizio non autorizzato del mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, e di una lunga serie di altre attività espressamente indicate, includendo infine nella stessa previsione sanzionatoria anche l'esercizio non autorizzato di "mestieri analoghi". Sul punto, cfr. in particolare GROSSO C.F., L'art. 121 *t.u.* delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, e il divieto di analogia in diritto penale, in *Giur.it.*, 1961, I, p. 1043, nonché, in una diversa prospettiva, BRICOLA, La discrezionalità nel diritto penale, cit., p. 283.

79. Tra gli altri, propendono per l'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*: CAIANI, Analogia (Teoria generale), in *Enc.dir.*, I, Milano 1958, p. 372; FIAN-DACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., p. 90; MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 110; PAGLIARO, Principi di diritto penale, cit., p. 87; VASSALLI, Analogia nel diritto penale, in *Nov.dig.it.*, I, Torino 1964, p. 609.

80. Tra coloro che riconoscono al divieto di analogia un carattere assoluto, cfr. in particolare: BRICOLA, Teoria generale del reato, cit., p. 46; ID., La discrezionalità nel diritto penale, cit., p. 303; SPASARI, Il principio di legalità nel diritto penale italiano, in *Arch.pen.*, 1966, p. 54; MARINI, Nullum crimen nulla poena sine

Tale ultima soluzione, nella sua radicalità, preclude naturalmente ogni ulteriore possibile sviluppo di tali tematiche; al contrario, la ritenuta ammissibilità dell'analogia *in bonam partem* pone il problema di individuare quali possano essere i suoi concreti limiti applicativi.

Una risposta in tal senso, benché tutt'altro che risolutiva, è certamente costituita dal già citato art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, ai sensi del quale le norme "eccezionali" dell'ordinamento, comprese ovviamente quelle inerenti al sistema penale, non sono suscettibili di applicazione analogica.

Senonché, l'art. 14 disp. prel. pone a sua volta ulteriori questioni interpretative: ai fini della sua applicabilità infatti occorre definire il concetto di «diritto eccezionale», e individuare le tipologie di norme che possono rientrare in tale categoria.

Secondo l'opinione della dottrina, possono essere definite "eccezionali" quelle norme che introducono "una disciplina che deroga, rispetto a particolari casi, alla efficacia potenzialmente generale di una o più disposizioni"<sup>81</sup>.

In tale prospettiva, non vengono tradizionalmente considerate eccezionali le scriminanti (o cause di giustificazione), le quali conseguentemente sarebbero suscettibili di applicazione analogica<sup>82</sup>; sempreché, naturalmente, non risultino già configurate nella loro massima estensione logica (come accade per esempio con la scriminante dell'esercizio del diritto: art. 51 c.p.), ovvero su elementi che non consentono di includere altre ipotesi oltre a quelle espressamente previste.

Il procedimento analogico, secondo larga parte della dottrina, sarebbe utilizzabile anche per la soluzione dei casi di incapacità di intendere e di volere non rientranti nelle ipotesi codificate di inimputabilità descritte negli artt. 88 ss. c.p.<sup>83</sup>.

Come si può vedere, quindi, il ricorso all'analogia è ammesso sia rispetto alle scriminanti, sia rispetto all'imputabilità; fermo restando che si

---

lege, in *Enc.dir.*, XXVII, Milano 1978, p. 958; NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Padova 1975, p. 117; GIULIANI, Le norme di liceità nel diritto penale, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1974, p. 830.

81. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., p. 91.

82. L'esempio tradizionalmente riportato dalla più diffusa manualistica è quello della c.d. "legittima difesa anticipata", cioè della legittima difesa attuata dalla vittima dell'aggressione in assenza del presupposto dell'attualità del pericolo: si pensi al sequestrato che uccide il guardiano per fuggire, sapendo di non avere scampo, non essendo stato pagato il riscatto. Sul punto, cfr. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 112.

83. L'esempio più frequentemente riportato in materia è quello dei soggetti vissuti in uno stato di segregazione sin dall'infanzia, e dunque incapaci di intendere i valori su cui si fonda la convivenza civile. Sul punto, cfr. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 112.

tratta di categorie le quali, diversamente dal Canada, risultano nettamente distinte tanto sul piano logico quanto sul piano pratico.

Infine, avrebbero carattere eccezionale, e dunque sarebbero escluse da ogni possibile estensione analogica, le norme che prevedono le c.d. immunità, in forza delle quali l'ordinamento esclude, per ragioni di opportunità, l'assoggettabilità alla pena di taluni soggetti qualificati.

## 2. IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

*A. In Canada: il criterio della «sfera di rischio» elaborato dalla Corte suprema.*

Il ne fait pas de doute que la précision de la norme est le corollaire de l'exigence d'une norme écrite. D'aucuns conviendront de l'inutilité d'une norme vague et imprécise. La Cour supreme du Canada avait, à quelques reprises, commenté un aspect ou l'autre de la théorie de l'imprécision avant de l'exposer clairement dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>84</sup>. Cette exigence de précision repose sur le principe de la «primauté du droit» — *Rule of Law* — qui est depuis toujours reconnu comme partie intégrante de la Constitution canadienne. La «primauté du droit» suppose une société où l'ensemble des rapports sociaux, les devoirs et obligations de tous, sont régis par la loi. Les citoyens doivent donc être raisonnablement prévenus des comportements prohibés et les normes juridiques doivent limiter le pouvoir discrétionnaire des agents de l'État dans l'application des lois. En outre, l'exigence de précision est nécessaire puisque, en droit canadien, seule une règle de droit peut justifier la limitation d'un droit ou d'une liberté contenu dans la Charte, conformément à l'article premier. Bref, la Cour supreme exige du législateur qu'il adopte des normes dont le message est raisonnablement clair pour les citoyens. Comme nous le verrons, le message doit établir une «sphère de risque».

La Cour supreme a rapidement distingué la théorie de l'imprécision de celle de la portée excessive de la loi. Selon la Cour, la portée excessive d'une loi résulte parfois de son imprécision. L'utilisation de termes imprécis aura l'inconvénient de ne pas guider suffisamment les personnes chargées de l'application de la loi, ce qui risque d'entraîner, dans le filet de la loi, des comportements qui n'étaient pas visés par le législateur. Par contre, une loi très précise peut avoir une portée excessive en fonction de l'objectif législatif recherché. Ainsi, une loi qui interdirait aux citoyens de communiquer entre eux en public dans le but d'éliminer la prostitution dans les rues, serait d'une portée excessive sans toutefois être imprécise. En soi,

---

84. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.



cette situation ne relève pas de la théorie de l'imprécision. Selon la Cour supreme, la portée excessive d'une loi demeure un simple outil analytique parmi d'autres, qui permet de déterminer si une atteinte à un droit est raisonnable et se justifie dans une société libre et démocratique suivant l'article premier de la Charte.

Ainsi, la «théorie de l'imprécision» peut soutenir une contestation constitutionnelle de deux façons. D'abord, l'exigence de précision de la loi fait désormais partie des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte<sup>85</sup>. Toute norme juridique imprécise portant atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne violera l'article 7 de la Charte. Selon les mêmes critères, cette norme juridique imprécise n'est pas une règle de droit et le législateur ne pourra pas prétendre qu'il limite un droit ou une liberté «par une règle de droit» au sens de l'article premier de la Charte. Ces deux situations font intervenir la «théorie de l'imprécision» au sens canadien du terme.

L'imprécision repose sur deux aspects. Premièrement, la loi doit donner un avertissement raisonnable aux citoyens ce qui, pour la Cour, signifie plus que la simple publication. L'avertissement raisonnable doit aussi porter sur le fond. Il peut résider dans la compréhension ou la conscience subjective qu'une conduite n'est pas permise. Cette compréhension se fonde alors sur les valeurs qui sous-tendent le texte d'incrimination et sur le rôle que joue ce dernier dans la vie de notre société. Ce passage du jugement n'est pas sans rappeler le principe voulant que le crime soit un comportement *malum in se*. Pour se faire comprendre, la Cour a d'ailleurs exposé l'exemple de l'homicide. Selon elle, bien qu'un ensemble complexe de règles régissent cette infraction, le citoyen a une connaissance innée qu'il est blâmable de tuer. Tel est l'avertissement subjectif dont fait état la Cour. Or, si ce genre d'avertissement peut convenir pour certains crimes, on ne peut l'appliquer à l'ensemble des infractions et notamment à celles de nature réglementaire. Dans un tel cas, la publicité répétée d'une loi peut faire en sorte que la collectivité intègre une loi interdisant une conduite de sorte que le texte même de la loi doit être clair<sup>86</sup>.

Deuxièmement, une loi doit être assez précise afin de limiter le pouvoir discrétionnaire des organismes responsables de l'application des lois. Une disposition ne peut être imprécise au point où la décision de poursuivre aura comme conséquence inévitable un verdict de culpabilité<sup>87</sup>. Lorsqu'u-

---

85. Id., 631 et 632.

86. Id., 634-635.

87. Id., 636.

ne disposition renferme des mots si vides de substance qu'ils pourraient bien désigner toute conduite portée à l'attention du juge, la déclaration de culpabilité résulte alors de la décision de poursuivre.

Il ne faut pas croire, en raison des critères énoncés, que le législateur doit édicter des lois d'une précision absolue. Il serait plus juste, selon la Cour suprême, de demander au législateur de *guider* plutôt que de *diriger* les conduites.

«Les règles juridiques ne fournissent qu'un cadre, un guide pour régler sa conduite, mais la certitude n'existe que dans des cas donnés, lorsque la loi est actualisée par une autorité compétente. Entre temps, la conduite est guidée par l'approximation. Le processus d'approximation aboutit parfois à un ensemble assez restreint d'options, parfois à un ensemble plus large. Les dispositions législatives délimitent donc une sphère de risque et ne peuvent pas espérer faire plus, sauf si elles visent des cas individuels.»<sup>88</sup>

Cela implique que certains actes seront aux limites de la sphère de risque et par conséquent, il sera très difficile de prédire s'ils tombent ou non sous le coup de la loi. Cependant, les tribunaux auront à interpréter la loi et à décider de sa portée. Les termes de la loi doivent donc permettre un débat judiciaire. «Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques»<sup>89</sup>. Il s'agit, a précisé la Cour, de plus qu'un simple débat sémantique. Puisque l'État moderne intervient dans tous les aspects de l'activité humaine, il agit souvent comme arbitre et sa législation vise alors à atteindre plusieurs objectifs sociaux, parfois complexes. Cela demande que la loi soit rédigée dans des termes plus généraux que le pouvoir judiciaire aura à interpréter. La «théorie de l'imprécision» ne doit donc pas devenir un obstacle à l'adoption de lois générales mais par ailleurs intelligibles. Le législateur doit par ailleurs, dans la loi même, donner au pouvoir judiciaire suffisamment d'indications quant aux facteurs déterminants et ainsi ne pas lui laisser un pouvoir discrétionnaire illimité.

La Cour suprême a indiqué que les tribunaux doivent hésiter à déclarer une loi imprécise et qu'ils devraient plutôt examiner si l'utilisation de termes généraux a un impact sur la portée excessive de la disposition, telle qu'expliquée ci-avant. Il est bon de rappeler que la Cour suprême a invité les tribunaux à faire preuve de déférence face aux choix du législateur concernant le libellé des textes de loi. Ainsi, les techniques d'interprétation

---

88. Id., 638-639.

89. Id., 639.

des lois permettront aux juges de limiter la portée d'un texte à son application constitutionnelle plutôt que d'en prononcer l'invalidité<sup>90</sup>.

La Cour a précisé que la théorie de l'imprécision ne s'applique pas uniquement aux textes d'incrimination; elle peut être invoquée dans tous les cas où la liberté de l'individu est en cause. Par ailleurs, s'appuyant, entre autres, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour supreme, dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, a spécifié que les critères de l'imprécision seraient "exigeants"<sup>91</sup> pour celui qui l'invoque. Il faut croire que ce mot d'ordre de la Cour a été suivi par les tribunaux canadiens puisque les décisions ayant conclu à l'imprécision d'une loi ne font pas légion. Il faut dire que la Cour supreme elle-même n'a donné raison à l'argument que dans une seule décision à ce jour, à savoir dans l'arrêt *R. c. Morales*<sup>92</sup>, qui portait sur un problème de remise en liberté avant procès. Pour bien comprendre l'application de la théorie de l'imprécision, dans le contexte de cette affaire, certaines explications préliminaires s'imposent.

En droit canadien, une personne arrêtée et détenue doit comparaître devant un juge de paix dans les vingt-quatre heures suivant son arrestation. Lors de cette comparution, il est loisible au juge de paix d'ordonner la détention ou la remise en liberté de l'accusé, accompagnée ou non de certaines conditions. Toutefois, la décision du juge relative à la remise en liberté ou à la détention du prévenu devra se fonder sur les motifs prévus au paragraphe 515(10) du *Code criminel*. Dans un premier temps, le Code précise que la détention sera justifiée si le juge est d'avis qu'elle est nécessaire pour assurer la présence du prévenu devant le tribunal pendant toute la durée des procédures. La disposition prévoit dans un deuxième temps que s'il appert que l'accusé ne tentera pas de s'esquiver, la protection et la sécurité du public, de même que l'intérêt public, peuvent entraîner la détention. Le Code précise que ces concepts seront examinés à la lumière de toutes les circonstances, incluant toute probabilité marquée que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

Par ailleurs, la Charte garantit à tout inculpé le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. Dans l'affaire *R. c. Morales*<sup>93</sup>, la Cour supreme a rappelé que la

---

90. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. À cet égard, voir BÉLIVEAU, P., BERNARDI, A., RUSSO, L., précité, note 1, 204.

91. Précité, note 84, 632.

92. *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

93. Id.

sécurité du public est une «juste cause» au sens de l'alinéa 11e) de la Charte dans la mesure où le prévenu présente des risques marqués de commettre une autre infraction ou de compromettre la protection et la sécurité du public. Il en est tout autrement de la notion d'«intérêt public» qui jusqu'alors, constate la Cour, permettait aux tribunaux de maintenir en détention les prévenus uniquement parce qu'ils étaient inculpés d'un crime sérieux et contre lesquels la preuve était accablante. Après un examen attentif des principes de justice fondamentale applicables suivant l'article 7 de la Charte, qui exigent des dispositions législatives intelligibles et capables de donner prise à un débat judiciaire, la Cour suprême a conclu que la notion d'intérêt public, dans le contexte de la mise en liberté provisoire, ne rencontre pas ces exigences:

«Selon la définition que lui donnent présentement les tribunaux, le terme "intérêt public" ne saurait orienter véritablement le débat judiciaire ni structurer le pouvoir discrétionnaire de quelque façon que ce soit.

Il ne serait pas possible non plus, à mon sens, de donner au terme "intérêt public" un sens constant ou établi. [...]

En conséquence, l'élément "intérêt public" de l'al. 515(10)b) viole l'al. 11e) de la Charte parce qu'il autorise le refus de mise en liberté sous caution sans juste cause.»<sup>94</sup>

Il faut néanmoins comprendre cette position de la Cour dans le contexte précis où la notion d'intérêt public est utilisée. En effet, la présence des critères de protection et de sécurité du public dans le paragraphe avait, dans ce cas<sup>95</sup>, pour effet de rendre très aléatoire la définition de l'«intérêt public».

*B. In Italia: l'applicazione del principio di determinatezza da parte della Corte costituzionale.*

Nell'ambito del principio di legalità, un ulteriore importante corollario, oltre a quello, già esaminato, della riserva di legge, è certamente costituito dal principio di tassatività-determinatezza. Tale locuzione, che si compone di sostantivi molto spesso impiegati come sinonimi, si riferisce essenzialmente a due fondamentali esigenze cui il sistema penale deve ispirarsi: la

94. Id., 732.

95. Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt R. c. *Farinacci*, (1994) 86 C.C.C. (3d) 32, a décidé que cette même expression, prévue à l'alinéa 679(3)c), n'est pas imprécise dans le cas où une personne condamnée en première instance demande sa remise en liberté durant les procédures en appel. Au même effet, voir R. c. *Branco*, (1994) 87 C.C.C. (3d) 71 (C.A.C.B.).

prima, di cui ci occuperemo principalmente in questo paragrafo, è quella consistente nella necessità di strutturare le fattispecie incriminatrici su elementi chiari e precisi, in modo da rendere facilmente riconoscibile ciò che è lecito da ciò che non lo è; la seconda, cui si è fatto cenno in precedenza<sup>96</sup>, esprime invece il divieto di applicare le suddette disposizioni penali ad altre ipotesi oltre a quelle espressamente previste dal legislatore.

Nonostante l'estrema sinteticità dell'art. 25, comma 2 Cost., la prevalente dottrina ritiene che il principio di tassatività-determinatezza trovi nella suddetta disposizione il proprio fondamento costituzionale.

In proposito, va infatti osservato che nella norma costituzionale citata risultano indiscutibilmente privilegiati i principi della riserva di legge e di irretroattività della norma penale, giacché la principale preoccupazione dell'Assemblea costituente era quella di circoscrivere il più possibile i rischi di abuso da parte del potere politico, rispetto ai quali questi due principi costituiscono efficaci strumenti di controllo.

Il silenzio dell'art. 25 Cost. in tema di determinatezza della norma penale non può quindi in alcun modo autorizzare interpretazioni restrittive della disposizione in esame.

Al contrario, come è stato rilevato, le possibilità di violazione del principio di irretroattività crescono proporzionalmente al grado di indeterminatezza della norma, a causa dell'attenuazione del legame tra il giudice e la legge<sup>97</sup>; e d'altra parte, le stesse esigenze garantiste sottese alla riserva di legge verrebbero del tutto vanificate dall'esistenza di norme aventi un contenuto in tutto o in parte indeterminato<sup>98</sup>.

Oltre all'art. 25, comma 2 Cost., un ulteriore contributo a sostegno della costituzionalizzazione del principio di tassatività-determinatezza della norma penale, secondo una parte della dottrina può essere ravvisato nell'art. 13 Cost.

E difatti, definendo inviolabile la libertà personale, ed escludendone l'assoggettamento a restrizione se non "per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge", la disposizione in esame ha inteso escludere la legittimità di fattispecie costruite su elementi vaghi ed incerti, o aperte ad applicazioni analogiche; sicché si può ragionevolmente concludere che l'art. 13 Cost., e ancor di più la *ratio* che lo anima, siano da ritenere quali elementi "indizianti" la costituzionalizzazione del principio di cui ci stiamo occupando<sup>99</sup>.

Per quanto infine riguarda la *ratio* giustificatrice sottesa al principio di tassatività-determinatezza, le istanze di certezza e di garanzia sembrano

96. Cfr., § 1.2.B.

97. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 1979, p. 33.

98. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 98.

99. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 49.

contribuire parimenti. Per un verso, infatti, la formulazione delle fattispecie in termini chiaramente comprensibili, e il divieto di una loro applicazione ad ipotesi diverse da quelle espressamente configurate, svolgono un ruolo garantista rispetto ai possibili arbitrii del potere giudiziario; per altro verso, la sostanziale omogeneità delle soluzioni giurisprudenziali che deriva dall'applicazione di norme costruite su elementi intelligibili svolge una inequivocabile funzione di stabilità<sup>100</sup>.

Esaurite queste brevi considerazioni preliminari sui fondamenti tecnici e le ragioni giustificative del principio di determinatezza in materia penale, è ora possibile indirizzare l'indagine verso un'analisi delle varie tecniche di redazione delle fattispecie incriminatrici, al fine di verificare quali siano le situazioni "sintomatiche" di un possibile vizio di indeterminazione.

Ebbene, iniziando la nostra ricerca da una scomposizione ideale delle fattispecie penali, va immediatamente rilevato come nella costruzione di esse il legislatore possa ricorrere sostanzialmente a due diversi tipi di elementi costitutivi: quelli "descrittivi" e quelli "valutativi".

Gli elementi descrittivi richiamano direttamente una univoca realtà naturalistica (come i concetti di uomo e di donna) ovvero sono indicativi di oggetti "che debbono il loro obiettivo e reale sussistere allo stato attuale della civiltà e della cultura", come il concetto di "corrispondenza"<sup>101</sup>.

Gli elementi valutativi richiedono invece, per una chiara individuazione del loro ambito applicativo, un'attività integrativa a contenuto, per l'appunto, valutativo, nel senso che l'elemento in questione può essere correttamente inteso solo attraverso il filtro di un parametro normativo o culturale di riferimento. Per esempio, il concetto di "atti osceni" non può essere apprezzato nel suo contenuto senza fare riferimento al parametro del "comune senso del pudore": art. 529 c.p.

Naturalmente, nella costruzione delle fattispecie incriminatrici, la scelta degli elementi non è rimessa all'arbitrio del legislatore, ma risponde evidentemente a precise esigenze, per lo più legate alla particolare natura del bene giuridico da proteggere.

Si consideri ad esempio la già citata tutela penale del pudore, predisposta dagli artt. 527-529 c.p.<sup>102</sup>: in proposito si può anche dubitare che il parametro valutativo richiamato dalla norma incriminatrice degli atti osceni sia univocamente comprensibile e consenta applicazioni ragione-

100. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 98; BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 209; PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 57.

101. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 334.

102. L'art. 527 c.p. punisce chiunque compia atti osceni, in luogo pubblico, o aperto o esposto al pubblico. L'art. 529 c.p. specifica quindi che "agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti, che secondo il comune sentimento, offendono il pudore".

volmente omogenee; tuttavia, ove il legislatore propenda per la necessità di una tutela penale del pudore, ebbene tale tutela dovrà obbligatoriamente essere costruita su elementi valutativi; sussistendo quale unica alternativa quella – scarsamente praticabile – di procedere ad una elencazione completa dei comportamenti che possano considerarsi lesivi del bene giuridico che si intende proteggere.

Il vizio di indeterminatezza può naturalmente colpire tanto le fattispecie costruite su elementi descrittivi, quanto le fattispecie costruite su elementi valutativi.

Per descrivere esattamente quali siano le possibili figure "sintomatiche" del vizio di incostituzionalità di cui ci stiamo occupando, sembra assolutamente opportuno procedere all'esame di due importanti pronunce della Corte costituzionale, con le quali furono dichiarate illegittime le norme sottoposte al suo controllo proprio perché ritenute lesive del principio di determinatezza.

La prima di tali pronunce risale al 1980 e si concluse con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1 n. 3 della legge 1423 del 1956, nella parte in cui elencava tra i soggetti passibili di misure di prevenzione coloro che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere"<sup>103</sup>.

In particolare, la Corte osservava testualmente che anche in tema di misure di prevenzione, risulta "decisivo che...la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico". Nel caso di specie, aggiungeva la Corte, "...La disposizione di legge in esame non descrive invece né una o più condotte, né alcuna manifestazione cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale. La formula legale non svolge pertanto la funzione di un'autentica fattispecie, di individuazione, cioè di casi (come vogliono sia l'art. 13 che l'art. 25, comma 3 Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità"<sup>104</sup>.

Ancor più significativa nelle enunciazioni di fondo appare la seconda delle sentenze indicate, e cioè la n. 96 del 1981<sup>105</sup>.

Nella suddetta pronuncia, conclusasi con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. che prevedeva il reato di plagio<sup>106</sup>, la Corte sottolineava come la *ratio* garantista sottesa all'art. 25, comma 2 Cost., imponesse al legislatore "di determinare la fattispecie criminosa

103. Corte cost. sent. 22/12/1980, n. 177, in *Giur.cost.* 1980, p. 1547.

104. *Ibidem.*

105. Corte cost. sent. 8/6/1981, n. 96, in *Giur.cost.* 1981, p. 814.

106. L'art. 603 c.p. puniva con la reclusione da cinque a quindici anni chiunque avesse sottoposto "una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione".

con connotati precisi, in modo che l'interprete, nel ricondurre una ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative e di valore, e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili"<sup>107</sup>.

Riassumendo dunque le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, e integrandole anche alla luce delle considerazioni della prevalente dottrina, è possibile elaborare uno schema riassuntivo delle diverse tipologie di vizi che possono compromettere la determinatezza delle fattispecie penali.

Ebbene, un primo basilare livello di indeterminatezza è rappresentato da quelle ipotesi in cui la condotta descritta, pur essendo circoscritta in tutti i suoi elementi costitutivi e pertanto comprensibile, non è realizzabile sotto il profilo pratico, ovvero è scarsamente verificabile, sicché, pur avendo un contenuto determinato, non consente una "razionale applicazione concreta"<sup>108</sup>: come appunto, nel caso del plagio.

In una ulteriore accezione, la fattispecie incriminatrice può considerarsi indeterminata quando risulti costruita su elementi del tutto inadeguati a rendere intelligibile la condotta che si vuole sanzionare. Questo tipo di vizio può colpire tanto gli elementi descrittivi quanto gli elementi valutativi, e si verifica quando la fattispecie "non è in grado di descrivere un tipo di fatto" o almeno "una classe di fatti omogenei", ma si rende astrattamente applicabile ad una serie del tutto eterogenea di condotte<sup>109</sup>.

Con particolare riferimento agli elementi valutativi, più facilmente oggetto di riserve sul piano della loro determinatezza, si può osservare come una prima possibile tipologia di vizio sussista quando la norma operi un rinvio ad un parametro normativo ovvero inerente alla coscienza sociale, che risulta di fatto scarsamente afferrabile, e pertanto inadeguato a circoscrivere la condotta giuridicamente rilevante: si pensi ad esempio al concetto di "morale familiare" richiamato dall'art. 565 c.p.<sup>110</sup>, attualmente privo di un significato univocamente comprensibile.

107. Corte cost. sent. 8/6/1981, n. 96, cit., p. 814.

108. Corte cost. sent. 8/6/1981, n. 96, cit., p. 815.

109. PALAZZO, Il principio di *determinatezza*, cit., p. 404. Sul punto, cfr. anche PAGLIARO, Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1969, p. 697; ID., Riserva di legge, *elementi normativi* e questioni pregiudiziali, in *Ind.pen.* 1977, p. 386.

110. La norma citata punisce coloro che nella cronaca dei giornali o di altri periodici, nei disegni che ad essa si riferiscono ovvero nelle inserzioni pubblicitarie, espongono o mettono in rilievo circostanze tali da offendere la morale familiare.



A maggior ragione, nella prospettiva indicata, una ulteriore possibile forma di indeterminatezza della fattispecie costruita su elementi valutativi, si verifica quando il parametro cui il giudice dovrebbe rifarsi nemmeno risulti indicato; sicché l'attività valutativa in sede giudiziaria si presenta del tutto svincolata da elementi di riferimento. Gli esempi di una siffatta tecnica normativa sono purtroppo numerosi; tra i tanti, possiamo ricordare il caso dell'art. 644 c.p., che punisce il reato di usura<sup>111</sup>, laddove il concetto di "interessi usurari" risulta del tutto privo di parametri interpretativi di riferimento: con le conseguenze che ben si possono immaginare sul piano della concreta applicabilità della fattispecie.

### 3. IL PRINCIPIO DI NON RETROATTIVITÀ

#### 3.1. In materia di diritto penale sostanziale.

##### 3.1.1. *La nonna sfavorevole.*

##### 3.1.1.1. *Una analoga esigenza di tutela.*

##### *A. In Canada: il pieno rispetto dell'irretroattività.*

Nous l'avons déjà évoqué, le principe de légalité est un des principes fondamentaux du système pénal anglo-saxon avec son corollaire de la norme précise. Un second corollaire est celui de la non-rétroactivité de la loi. Or, une règle de droit sur la responsabilité pénale peut emporter un effet rétroactif de deux manières distinctes, soit en conférant un effet rétroactif à un texte d'incrimination soit en supprimant un moyen de défense. Nous examinerons d'abord le premier cas.

Le législateur peut contrevenir à l'alinéa 11g) en donnant un effet rétroactif à une nouvelle infraction. C'est le cas le plus évident. La seule décision que l'on peut souligner, quoiqu'elle ne traite de la question que d'une manière incidente, est l'affaire *R. c. Jacobson*<sup>112</sup>. L'accusé s'était vu reprocher, dans une dénonciation, d'avoir causé la mort d'un individu en conduisant sa voiture d'une manière criminellement négligente, i.e. en créant un risque démesuré pour autrui, contrairement aux articles 219 et 220 du *Code criminel*. Il a été libéré de cette dernière accusation à l'enquê-

---

111. La condotta di base della fattispecie citata consiste nel farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo di prestazioni in denaro o di altra cosa mobile, approfittando dello stato di bisogno in cui versa una persona.

112. *R. c. Jacobson*, (1989) 46 C.C.C. (3d) 50 (C.A.S.).

te préliminaire mais cité à procès pour conduite dangereuse, une infraction qui ne nécessite pas la création d'un risque démesuré. Le substitut du procureur général a déposé un acte d'accusation reprochant à l'accusé d'avoir conduit d'une manière dangereuse et, ce faisant, d'avoir causé la mort de la victime, contrairement au paragraphe 249(4) du *Code criminel*. Or le décès avait été causé en septembre 1985, trois mois avant l'entrée en vigueur de ce texte d'incrimination. La disposition antérieure incriminait la conduite dangereuse purement et simplement. L'accusé a été trouvé coupable mais avant de prononcer la sentence, le juge a soulevé la question de la rétroactivité. Il a décidé que le paragraphe 249(4) créait une nouvelle infraction, qu'on avait reproché à l'accusé cette nouvelle infraction et qu'en conséquence, l'accusation et le verdict étaient nuls. La Cour d'appel a maintenu cette décision en indiquant que l'accusation ne pouvait être amendée une fois le jury libéré et qu'on ne pouvait spéculer sur ce qu'aurait été l'attitude du jury s'il avait eu à décider d'une accusation moins grave. Le juge Sherstobitoff a ensuite indiqué que sa décision était conforme aux alinéas 11a) et 11g) de la Charte.

L'alinéa 11g) peut aussi s'appliquer dans le cas où le législateur voudrait étendre la portée d'un texte d'incrimination pour qu'il s'applique à un geste qui était innocent au moment où il a été posé. Prenons l'exemple du paragraphe 39(2) de la *Loi sur les aliments et drogues* qui interdit la possession d'une drogue contrôlée en vue d'en faire le trafic. Si le législateur devait amender la disposition pour qu'elle incrimine la possession simple, il y aurait violation de l'alinéa 11g) si on portait une accusation contre une personne, lui reprochant un tel comportement avant l'entrée en vigueur de l'amendement.

On doit se demander si l'alinéa 11g) s'appliquerait dans l'hypothèse où le législateur supprimerait un moyen de défense ou en réduirait la portée. Aucune décision canadienne ne porte sur cette question. Toutefois, un arrêt antérieur à l'entrée en vigueur de la Charte a appliqué le principe de la non-rétroactivité d'une telle loi pénale<sup>113</sup>. L'accusée était poursuivie pour avoir, à la fin de 1972, violé une disposition relative à la pollution. L'accusation a été portée le 29 mai 1973. La prévenue a été acquittée, le 5 décembre 1973, au motif qu'elle avait droit à l'exonération prévue au paragraphe 102(2) du *Environmental Protection Act*, adopté en 1971. Le 27 décembre 1973, la législature ontarienne a amendé cette dernière disposition pour en restreindre la portée d'une manière telle qu'elle ne pouvait plus exonérer l'accusée. La poursuite s'est pourvue en appel devant la Cour de

---

113. R. c. *Canadian International Paper Co.*, (1975) 20 C.C.C. (2d) 26 (C.Ct.O.), inf. pour d'autres motifs à (1975) 20 C.C.C. (2d) 557 (C.A.O.).

comté qui a déclaré que l'accusé devait être jugée en fonction de la loi en vigueur en 1972 et qu'en conséquence, l'acquittement devait être maintenu. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé cette décision au motif que le paragraphe 102(2), tel qu'il existait en 1971, ne pouvait fournir à l'accusée un moyen de défense valable.

En ce qui a trait à la peine, l'alinéa 11i) de la Charte protège l'accusé contre les conséquences négatives de la rétroactivité en la matière. En effet, si le législateur a accru l'importance de la peine entre le moment de la commission de l'infraction et celui de l'imposition de la sentence, cette mesure ne pourra être applicable à l'inculpé. La garantie est donc le pendant, sur le plan de la peine, de l'alinéa 11g) qui s'applique au texte d'incrimination.

*B. In Italia: il divieto dell'effetto retroattivo con la controversa eccezione delle misure di sicurezza.*

In Italia il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole viene sancito da una pluralità di norme, poste ai diversi livelli della gerarchia delle fonti giuridiche.

Innanzitutto, il principio in questione è solennemente proclamato dall'art. 25, comma 2°, Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Lo stesso principio viene poi ribadito e sviluppato dall'art. 7, comma 1°, CEDU, in base al quale "Nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge nazionale o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato". Conformemente a quanto precedentemente ricordato<sup>114</sup>, è da ritenersi che tale norma sia anch'essa di livello costituzionale, o comunque presenti caratteristiche tali da garantirle una posizione di primato rispetto alle leggi ordinarie.

Ancora, il principio di irretroattività si ritrova affermato nell'art. 15, comma 1°, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966), ratificato dall'Italia con l. 881/1977.

Infine il medesimo principio, dopo essere stato evocato in via generale dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile ("La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"), viene precisato e disciplinato a livello penale dall'art. 2, comma 1°, c.p., in base al quale "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in

---

114. Cfr. BÉLIVEAU, BERNARDI, RUSSO, *Le garanzie costituzionali*, cit., p. 153 e p. 222.

cui fu commesso, non costituiva reato". L'irretroattività di qualsivoglia norma penale sfavorevole risulta poi implicitamente ribadita dal comma 3° dello stesso articolo, in base al quale "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile".

Questa fitta trama di disposizioni sottolinea il ruolo centrale assunto dal principio di irretroattività in materia penale e l'importanza delle funzioni in quest'ultimo racchiuse. Si pensi innanzitutto, come noto, alla funzione di garanzia della libertà personale dei singoli rispetto al potere legislativo<sup>115</sup>. Ma si pensi anche, sotto il profilo politico-criminale, alla funzione di prevenzione generale, che può essere compiutamente svolta solo da una legge preesistente al fatto; cioè di una legge la quale, in virtù dei precetti in essa contenuti così come dell'entità delle sanzioni minacciate, sia capace di informare preventivamente il potenziale autore dell'illiceità e del livello di gravità dei comportamenti commessi, e dunque possa fungere da elemento di "orientamento culturale" (prevenzione generale allargata) e da adeguata contropesca rispetto alla pulsione criminale (deterrenza). Da ultimo, si pensi all'evidente collegamento funzionale esistente tra principio di irretroattività e principio di colpevolezza, dato che solo la conoscibilità della norma incriminatrice consente di fondare pienamente la responsabilità penale per i fatti previsti dalla norma in questione<sup>116</sup>.

Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole investe tutte le norme giuridiche capaci comunque di fondare, o di aggravare, la rilevanza penale del fatto. Classici esempi in questo senso sono la modifica di una norma civile richiamata dalla norma penale, ovvero la modifica di un testo di rango sublegislativo (ad esempio un regolamento amministrativo) integrante la disposizione penale (c.d. norma penale in bianco). Ovviamente, anche le norme di parte generale possono essere interessate dal principio di irretroattività, ben potendo tali norme estendere l'ambito della punibilità o determinare un trattamento più sfavorevole (si pensi, ad esempio, ad una norma che modifichi l'età dei soggetti imputabili).

Per contro, non sono ovviamente assoggettati al principio di irretroattività sfavorevole i mutamenti giurisprudenziali che amplino in via interpretativa la portata di una norma incriminatrice. Lo stesso dicasi per le norme di interpretazione autentica, cioè per le norme interpretative varate al fine di chiarire l'ambito di applicazione di una o più disposizioni precedenti. Ciò in quanto "la legge interpretativa (che sia veramente tale e non

---

115. Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, cit., p. 75 e bibliografia ivi riportata; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 118 ss.

116. Cfr., in particolare e da ultimo, FIORE, *Diritto penale - Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, p. 81.

innovativa della precedente legge) è solo apparentemente retroattiva, ma in effetti è ricognitiva della norma già in vigore al momento del fatto"<sup>117</sup>.

Con specifico riferimento alla disciplina dettata dal codice penale italiano in tema di irretroattività della norma penale sfavorevole, occorre sottolineare come essa distingua due fondamentali ipotesi.

La prima ipotesi, prevista dall'art. 2, comma 1°, c.p., concerne le nuove incriminazioni, le quali appunto non possono essere invocate per punire fatti commessi precedentemente alla loro introduzione<sup>118</sup>. In proposito, il tempus *commisii delicti* deve essere calcolato con riferimento non già all'evento (cioè al risultato dell'azione od omissione vietata), ma alla condotta necessaria al sorgere del reato stesso. Ciò, in considerazione del fatto che solo rispetto al momento della condotta la norma penale può fungere da adeguato strumento di motivazione comportamentale; e che dunque, nei reati a evento differito, sarebbe ingiustificato condannare l'autore in base ad un illecito penale introdotto dal legislatore prima della realizzazione dell'evento da esso previsto, ma dopo la condotta causatrice dell'evento stesso.

La seconda ipotesi, prevista dall'art. 2, comma 3°, concerne la modificazione della norma penale, e stabilisce – per ciò che qui interessa – l'inapplicabilità in capo al reo di quelle modifiche successive alla commissione del reato che comportino un aggravamento della risposta sanzionatoria. In tale ipotesi rientrano dunque i casi nei quali "un determinato comportamento conservi inalterato il carattere di illecito penale, pur attraverso il susseguirsi nel tempo di atti legislativi diversi che lo concernono"<sup>119</sup>, e che si traducono in un peggioramento della posizione giuridica dell'autore.

Posto che, come meglio vedremo in seguito, nell'ordinamento italiano solo la norma penale sfavorevole risulta irretroattiva (la norma favorevole operando, di regola, anche retroattivamente), per valutare l'applicabilità o meno rispetto al reo della norma successiva, occorrerà allora stabilire quale tra la norma precedente e quella successiva sia la più favorevole al reo. Tale operazione, però, non può essere effettuata attraverso un mero controllo "in astratto", operato cioè limitandosi a confrontare i testi delle relative norme. Infatti può accadere che la precedente disciplina penale venga modificata dal legislatore sia nel senso di una maggiore severità (per esempio, creando nuove circostanze aggravanti, innalzando il massi-

---

117. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 120.

118. L'art. 2, comma 1°, c.p., per la sua stessa formulazione ("Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato"), sancisce anche la cosiddetta non ultrattività della norma penale, vale a dire la non punibilità dei fatti commessi dopo la sua abrogazione. Si tratta, comunque, di una regola generalissima applicabile ad ogni atto normativo anche non penale.

119. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 84.

mo della pena applicabile, introducendo nuove pene accessorie, ecc.) sia anche, al contempo, nel senso di una maggiore clemenza (per esempio, creando nuove circostanze attenuanti, diminuendo il minimo della pena applicabile, estendendo il campo d'applicazione della sospensione condizionale della pena, ecc.). In tali casi, è di tutta evidenza che un'analisi "in astratto" dei testi succedutisi nei tempi non porterebbe a soluzioni univoche. La comparazione tra norma precedente e successiva dovrà allora essere fatta sulla base di un giudizio "in concreto", cioè "procedendo all'applicazione ipotetica di ciascuna legge al caso da giudicare, e considerando quali effetti ne discendano per il reo"<sup>120</sup>. Ovviamente, sarà considerata più favorevole la norma che, in relazione al caso di specie, offra la risposta legale complessivamente dotata di un minor coefficiente di afflittività; fermo restando comunque che non potranno venire combinate tra loro le disposizioni favorevoli di entrambe le leggi (per esempio, il più breve limite edittale minimo previsto dall'una, e la nuova circostanza attenuante introdotta dall'altra), dovendosi sempre optare per l'applicazione separata di una delle due leggi, senza operare inammissibili commistioni normative.

I mutamenti che la norma successiva introduce rispetto alla precedente possono concernere sia il precetto sia la sanzione. Ove concernano il solo precetto, il problema più di frequente riscontrabile sarà quello di discernere le ipotesi meramente modificative del precetto da quelle di vera e propria incriminazione/abrogazione. Si tratta di un problema talora di non facile soluzione<sup>121</sup>, ma comunque di scarso rilievo nei casi in cui la norma successiva sia sfavorevole, dato che in questi casi sia l'ipotesi modificativa sia quella neoincrimnatrice risultano assoggettate ad una disciplina equivalente (quella, appunto, dell'irretroattività della norma sfavorevole). Tale problema, invece, assume maggiore rilevanza laddove la norma successiva sia favorevole, dato che la disciplina prevista in caso di abrogazione risulta talora, come vedremo, diversa dalla disciplina prevista in caso di modificazione favorevole del precetto (cfr., *infra*, § 3.1.2).

Ove invece le modifiche tra norma precedente e norma successiva riguardino esclusivamente la sanzione, l'unico problema meritevole di essere ricordato è quello, di grande importanza, relativo alla peculiare disciplina prevista in relazione alle misure di sicurezza; problema rispetto al quale, tuttavia, si impone una breve premessa.

Il sistema sanzionatorio previsto in Italia dal codice penale del 1930 non è costituito solo dalle pene in senso proprio (principali o accessorie), da sanzioni cioè postulanti la responsabilità del reo e dunque destinate ad

---

120. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1993, p. 49.

121. *Mutatis mutandis* cfr., per tutti, FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 84 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 76 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 49 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 1987, sub art. 2, p. 53 ss.

assolvere una funzione di intimidazione e orientamento culturale in fase legislativa ed una funzione punitivo-repressiva (oltreché rieducativa) in fase applicativa. Come meglio si vedrà nel terzo capitolo, in occasione dello studio delle garanzie costituzionali in materia di sanzioni, accanto alle pene sussistono infatti anche *le misure di sicurezza*, le quali consistono appunto in "misure" collegate al solo stato di pericolosità del reo, ed espressamente concepite per impedire a quest'ultimo di realizzare nuovi reati.

Diversamente dalle pene, le misure di sicurezza prescindono quindi dai concetti di responsabilità/colpevolezza, non mirano a punire il soggetto per la sua scelta criminale e dunque non presentano alcun contenuto *volutamente afflittivo*. Anche le misure di sicurezza possono tuttavia avere, in ragione del loro contenuto, riflessi afflittivi. Tali riflessi, peraltro, non voluti come tali: si pensi, ad esempio, all'ospedale psichiatrico giudiziario la cui funzione terapeutica e preventiva non impedisce alla misura di sicurezza in questione di presentare, per i suoi stessi profili, indiscutibili risvolti afflittivi.

Questa differenza tra pene e misure di sicurezza in ordine ai rispettivi presupposti, contenuti e funzioni, comporta notevoli conseguenze rispetto al principio di legalità<sup>122</sup>. Così, ad esempio, per quanto riguarda la loro determinatezza nel momento applicativo, mentre le pene sono irrogate dal giudice in misura fissa, riducibile ma non aumentabile in fase esecutiva, le misure di sicurezza hanno una durata tendenzialmente indeterminata, venendo meno solo con la cessata pericolosità del soggetto.

Ora, per quanto qui interessa, va posto in rilievo che anche sotto il profilo del divieto di retroattività sfavorevole, le misure di sicurezza presentano notevoli anomalie. L'art. 200 c.p. stabilisce infatti che "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione". Da ciò si deduce che, in deroga al principio di irretroattività, e contrariamente a ciò che avviene in materia di pene, è ammessa l'applicazione di una misura di sicurezza anche se introdotta in un momento successivo alla commissione del reato. Tale deroga si spiega col fatto che, appunto, le misure di sicurezza non mirano a punire l'autore dell'illecito penale, ma solo a rispondere al suo stato di pericolosità attuale. In questo senso, l'applicazione di un'eventuale misura di sicurezza non esistente all'epoca del reato, e dunque non preventivabile dall'autore, non è vista come un attentato alle garanzie costituzionali di quest'ultimo, e segnatamente al diritto a non essere punito più severamente di quanto ipotizzabile in sede di com-

---

122. Principio questo peraltro espressamente affermato anche in relazione alle misure di sicurezza, sia dalla Costituzione (art. 25, comma 3°: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge") sia dal codice penale (art. 199: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti").

missione del reato; ma è visto invece come un mezzo per rispondere alla pericolosità sociale attraverso gli strumenti "terapeutici-preventivi" ritenuti maggiormente efficaci secondo le più recenti acquisizioni della scienza e dell'esperienza.

Tuttavia, non va taciuto come questi argomenti a sostegno della suddetta deroga al principio di irretroattività suonino per certi aspetti artificiosi e venati di concettualismo: "tanto più che nella concretezza delle modalità esecutive la misura di sicurezza non si distingue con evidenza dalla pena..... e la sua applicazione si risolve pertanto in una *doppia punizione* per lo stesso fatto"<sup>123</sup>.

Ed in questa prospettiva assume ulteriore valore quella tesi dottrinale, peraltro minoritaria, secondo la quale anche per le misure di sicurezza risulterebbe operante il principio di irretroattività sancito dall'art. 2 c.p.<sup>124</sup>.

Va inoltre sottolineato che la dottrina è pressoché concorde nel sostenere la inapplicabilità delle misure di sicurezza per i fatti i quali, al momento della loro realizzazione, non costituivano reato<sup>125</sup> (o quasi-reato)<sup>126</sup>.

### 3.1.1.2. Una eccezione comune: i crimini contro l'umanità.

#### A. In Canada: una eccezione prevista dalla Carta dei diritti.

Le constituant a prévu, à l'alinéa 11g) de la Charte, une exception au principe de la non-rétroactivité dans le cas où l'infraction reprochée en est une au sens du droit international ou qu'elle possède un caractère criminel d'après les principes de droit reconnus par l'ensemble des nations. Dans un tel cas, le Parlement peut, comme il pouvait le faire en vertu de la *common law*<sup>127</sup>, conférer une portée rétroactive à un texte d'incrimination. Dans l'affaire *R. c. Finta*, la Cour supreme a jugé que les paragraphes 7(3.71) et

123. Così, sia pure con specifico riferimento non già al problema della retroattività delle misure di sicurezza, ma a quello del loro cumulo con le pene, ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 19, n. 44; CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1990, p. 207.

124. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 625 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, cit., p. 1066 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 1993, p. 114; MARINI, *Lineamenti di diritto penale*, Torino, 1993, p. 997. Anche la Corte costituzionale sembrerebbe aver modificato la sua originaria giurisprudenza, accogliendo la tesi della irretroattività delle misure di sicurezza (sent. 30 gennaio 1974, n. 19, in *Giur. cost.*, 1974, p. 71).

125. Cfr., per tutti, PADOVANI *Diritto penale*, cit., p. 430 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 860 ss.

126. Sul concetto di quasi-reato cfr., in generale e per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 859; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 49, p. 439.

127. *R. c. Gagnon et Vallières*, [1971] C.A. 454.



7(3.76) du *Code criminel*, qui permettent de juger les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, ne violent pas l'alinéa 11g) et l'article 7<sup>128</sup>.

Le juge Cory, avec l'appui de ses collègues Gonthier et Major, a conclu que l'exception prévue à l'alinéa 11g) s'applique lorsqu'un acte était d'une part immoral et d'autre part illégal au sens d'une convention internationale qui, sans créer de responsabilité criminelle sur le plan individuel, en créait une de nature collective, par exemple étatique. Quant au juge La Forest, il a indiqué, avec l'appui de ses collègues L'Heureux-Dubé et McLachlin, que même si le recours aux traités en vigueur était une source fiable, la plus importante demeurerait l'interdiction commune au droit interne des nations civilisées.

*B. In Italia: una eccezione prevista dalla CEDU.*

Anche in Italia la disciplina dei crimini contro l'umanità presenta profili problematici, in tendenziale conflitto col principio di non-retroattività della legge penale.

Si è in precedenza visto (cfr. § 3.1.1.1.B.) che il principio in questione è disciplinato, a livello costituzionale, dall'art. 25, comma 2°, Cost. e dall'art. 7 CEDU.

Senonché, mentre l'art. 25, comma 2° non sembra ammettere deroghe<sup>129</sup>, l'art. 7 CEDU prevede al comma 2° una esplicita eccezione al principio in questione, affermando che "Il presente articolo non vieterà il giudizio o la punizione di una persona colpevole di un'azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili". Tale eccezione risulta poi ribadita dall'art. 15, comma 2°, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il quale afferma che il divieto di estensibilità al passato della legge penale non preclude la punibilità dei fatti ritenuti criminosi "secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalla Comunità degli Stati".

Non a caso, tra il testo costituzionale e i testi di fonte internazionale, sono proprio questi ultimi a riconoscere l'ammisibilità di deroghe al principio di irretrattività. Infatti, come è stato sottolineato, "nel diritto internazionale, il cui fondamento consuetudinario costituisce la progres-

---

128. R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701, confirmant (1989) 50 C.C.C. (3d) 236 (H.Ct.O.) et (1992) 73 C.C.C. (3d) 65 (C.A.O.)

129. Tuttavia, come in precedenza ricordato, il testo letterale dell'art. 25, comma 2° (in base al quale "Nessuno può essere punito" in forza di una legge retroattiva) non vieta secondo l'opinione dominante di applicare retroattivamente le misure di sicurezza. Ciò in quanto, appunto, tali misure non sono considerate sanzioni a carattere punitivo.

siva espressione delle concezioni morali del mondo civile, non vi è posto per il rigoroso principio *nullum crimen, nulla poena*"<sup>130</sup>.

La stessa Commissione europea dei diritti dell'uomo, del resto, nel rigettare taluni ricorsi provenienti da soggetti i quali, dopo essere stati condannati per crimini di guerra e collaborazione col nemico, contestavano il carattere retroattivo delle leggi nazionali applicate nei loro confronti, ha avuto modo di precisare il senso e la portata dell'art. 7, comma 2°, CEDU. La Commissione ha infatti affermato che lo scopo dell'eccezione contenuta in tale norma è appunto quello di rendere palese che il principio di irretroattività penale sancito dall'art. 7, comma 1°, CEDU "non tocca le leggi le quali, nelle circostanze assolutamente eccezionali prodottesi alla fine della seconda guerra mondiale, sono state varate per reprimere i crimini di guerra ed i fatti di tradimento e di collaborazione col nemico, e non si prefigge nessuna condanna giuridica o morale delle leggi in questione"<sup>131</sup>.

In particolare, la possibilità per gli Stati di punire episodi considerati criminosi dall'ordinamento internazionale con pene non previste al momento della commissione di tali episodi, viene giustificata da una parte della dottrina alla luce del fatto che l'ordinamento internazionale tende a non stabilire le pene irrogabili all'autore di un crimine internazionale, delegandone la previsione e l'applicazione agli Stati. "Può quindi accadere che un fatto sia considerato come crimine dall'ordinamento internazionale, ma gli ordinamenti interni non abbiano ancora stabilito la pena da infliggere, non avendo proceduto ad un completo adeguamento. Se il principio di non retroattività dovesse essere rigidamente applicato, il reo resterebbe impunito. Per ovviare a questa conseguenza, si è stabilito appunto il principio della possibilità di determinazione a posteriori, negli ordinamenti interni, delle pene da comminare in ordine a fatti che siano già considerati crimini nell'ordinamento internazionale"<sup>132</sup>.

Il delicato problema di un'eventuale coesistenza, all'interno del nostro sistema, del principio di irretroattività in materia penale e di una sua derogata limitatamente ai crimini internazionali, non risulta tuttavia da tempo sollecitato in Italia a causa della carenza di casi giudiziari in materia. Casi del resto pressoché ovunque in Europa ormai oltremodo sporadici, in quanto concernenti episodi risalenti all'ultimo conflitto mondiale<sup>133</sup>. Sembra comunque di poter dire che, proprio alla luce della summenzionata-

130. VELU-ERGECE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 517.

131. Decisione 20 luglio 1957, ricorso n. 268157, in *Ann. Conv.*, vol. I, p. 241.

132. RONZITTI, voce *Crimini internazionali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, Roma, 1988, p. 4.

133. Sembra tuttavia verosimile che i recenti tragici avvenimenti registratisi, in particolare, nella ex Jugoslavia e nel Ruanda possano purtroppo offrire nuovo materiale alla futura giurisprudenza sui crimini contro l'umanità.

ta interpretazione "teleologica" data dagli organi di Strasburgo all'art. 7, comma 2°, CEDU, quest'ultima disposizione non dovrebbe, per il futuro, impedire al legislatore nazionale di affermare in modo assoluto il principio di non retroattività delle leggi penali<sup>134</sup>.

Resta comunque il fatto che l'adeguamento fra ordinamento italiano e normativa internazionale in materia di *delicta iuris gentium* permane talora lacunoso. In particolare, va sottolineato che il nostro codice penale militare di guerra è precedente alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, le quali appunto, pur descrivendo dettagliatamente le fattispecie criminose da esse previste, rinviano alla legislazione interna il compito di indicare le relative pene. "Un intervento legislativo risulterebbe pertanto quanto mai opportuno, specialmente dopo la ratifica, da parte dell'Italia, del I Protocollo addizionale del 1977 che contiene nuove figure di crimini di guerra"<sup>135</sup>.

### 3.1.2. *La norma favorevole: una tutela di livello e contenuto differenti.*

#### 3.1.2.1. *In caso di sua entrata in vigore prima della fine delle procedure.*

##### *A. In Canada: una tutela a livello costituzionale per tutti i reati, ma forse incompleta.*

L'alinéa 11i) de la *Charte*, qui garantit le droit à la peine la plus douce<sup>136</sup>, a un double effet eu égard à l'adoption d'une règle favorable. Dans un premier temps, il permet à l'accusé de bénéficier de la peine moins sévère qui serait en vigueur au moment de l'imposition de la sentence. Cette garantie va donc plus loin que l'alinéa 11g) qui protège le droit de ne pas être déclaré coupable d'une infraction qui n'était pas en vigueur au moment de sa commission mais ne permet pas à l'accusé d'invoquer que le législateur a, suite à la commission de l'infraction, restreint la portée du texte d'incrimination ou l'a carrément abrogé. Les tribunaux ont par ailleurs refusé d'appliquer l'alinéa 11i) dans le cas où le législateur avait requalifié le délit et réduit la peine liée au comportement<sup>137</sup>. Toutefois, on a jugé que

---

134. Cfr. in proposito i riferimenti riportati da VELU-ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 517, n. 633.

135. Cfr. ancora RONZITTI, voce *Crimini internazionali*, cit., p. 5.

136. 11. Tout inculpé a le droit:

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

137. R. c. *Vernacchia*, (1988) 40 C.C.C. (3d) 561 (C.A.Q.); R. c. *Tremblay*, (1983) 34 C.R. (3d) 183 (C.S.Q.); R. c. B. (*J.W.*), (1990) 51 C.C.C. (3d) 35 (C.S.I.P.E.).

l'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* fédérale s'applique pour permettre à l'accusé de bénéficier de l'adoucissement de la peine dans un tel cas<sup>138</sup>.

Dans un deuxième temps, cette disposition reconnaît à l'inculpé le droit de bénéficier d'un adoucissement législatif qui aurait été en vigueur après la commission de l'infraction mais qui aurait été subséquemment éliminé. En d'autres termes, l'accusé peut se prévaloir, comme l'indique bien la disposition, de la peine la moins sévère *entre le moment* de la perpétration de l'infraction et celui de l'imposition de la sentence; l'alinéa 11i) ne vise pas uniquement un adoucissement en vigueur au moment de l'imposition de la peine.

L'arrêt *R. c. Belzil*<sup>139</sup> illustre cette dernière proposition. L'accusé a été jugé, en 1982, pour un meurtre commis de propos délibéré en 1973. À l'époque, un tel meurtre était «qualifié» au sens du *Code criminel* et entraînait l'imposition de la peine de mort. Le 1<sup>er</sup> janvier 1974, le Parlement a amendé le *Code criminel* de sorte que seul le meurtre d'un agent de la paix ou d'un gardien de prison demeurait qualifié. Tous les autres types de meurtre, dont celui commis de propos délibéré, étaient non qualifiés et punissables d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pendant une période variant de dix à vingt ans. Le 26 juillet 1976, le Parlement abolissait la peine de mort et adoptait les règles actuellement en vigueur de sorte que le meurtre commis par l'accusé en était un au premier degré punissable d'emprisonnement à perpétuité avec éligibilité à la libération conditionnelle après vingt-cinq ans. La loi prévoyait par ailleurs que tous les meurtres commis avant 1976 feraient l'objet de poursuites comme s'ils avaient été commis après l'entrée en vigueur de la loi. La Cour d'appel du Québec a conclu que la sentence imposée à l'appelant aurait dû être la moins sévère en vigueur entre la date du meurtre en 1973 et celle de la sentence [à savoir l'emprisonnement à perpétuité assorti d'une admissibilité à une libération conditionnelle après avoir purgé entre dix et vingt ans d'emprisonnement]<sup>140</sup>.

Il reste à déterminer si une personne peut encore invoquer l'alinéa 11i) si l'adoucissement législatif survient après l'imposition de la sentence par la cour de première instance. Si la décision sur la peine a acquis l'autorité

138. *R. c. Tremblay*, id.

139. *R. c. Belzil*, [1989] R.J.Q. 1117 (C.A.).

140. *Id.*, 1139. La Cour en est arrivée à cette conclusion bien que les dispositions transitoires (le paragraphe 27(1) de la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal*, No 2, S.C. 1974-75-76, c. 105) prévoyaient que le meurtre commis antérieurement au 26 juillet 1976 devait être jugé et puni comme s'il avait été perpétré après cette date.

de la chose jugée, i.e. quand les délais d'appel sont expirés ou qu'il a été disposé du pourvoi, l'adoucissement n'aura aucun effet<sup>141</sup>. La question est plus délicate si l'adoucissement législatif intervient pendant que l'affaire est pendante devant les tribunaux d'appel. Le texte de la disposition suggère une interprétation restrictive. D'une part, la version anglaise exige que «the punishment [...] has been varied between the time of commission and the time of *sentencing*», ce qui réfère encore plus clairement que dans la version française au «moment [...] [de l'imposition] de la sentence». D'autre part, les tribunaux ont déjà indiqué que plusieurs arguments militent à l'encontre du fait qu'un individu soit encore un «inculpé» durant l'audition de son appel, i.e. à l'encontre de l'application de toutes les garanties énumérées à l'article 11 à cette étape des procédures, ce que devait confirmer la Cour suprême dans l'arrêt R. c. Potvin<sup>142</sup>. Dans l'arrêt R. c. Luke<sup>143</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué cette décision pour conclure que l'alinéa 1 li) ne peut s'appliquer en appel. Le juge Griffiths a ajouté que la solution était identique en vertu de l'alinéa 44e) de la Loi d'interprétation. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a, sans alléguer de motifs, conclu au contraire quant aux deux points<sup>144</sup>. En sus, on pourrait conclure que l'accusé a droit de bénéficier de l'adoucissement législatif en vertu de l'article 7.

On peut également se poser la question de l'effet d'une loi postérieure au fait reproché qui abroge ou modifie le texte d'incrimination de telle sorte que la conduite incriminée ne constitue plus une infraction. L'alinéa 1 lg) ne vise évidemment pas cette situation. Comme nous l'avons vu, les tribunaux ont également rejeté l'argument voulant que l'alinéa 1 li), qui prévoit que l'accusé a droit de bénéficier d'une réduction de peine, s'applique lorsqu'il y a eu requalification du délit<sup>145</sup>. Cela implique a *fortiori* que le prévenu ne puisse bénéficier de l'abrogation du texte d'incrimination. Le Parlement peut, dans les dispositions transitoires, prévoir que l'ancienne loi s'applique aux délits antérieurs.

Selon nous, cela ne saurait vouloir signifier que la Charte n'offre aucu-

---

141. R. c. *Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512.

142. R. c. *Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880.

143. R. c. *Luke*, (1994) 87 C.C.C. (3d) 121 (C.A.O.). Ce faisant, la Cour ignorait sa propre décision antérieure dans l'arrêt R. c. *Logan*, (1986) 51 C.R. (3d) 326.

144. R. c. *Lusignan*, (1993) 79 C.C.C. (3d) 572 (C.A.N.E.). Deux jugements de la Cour d'appel du Québec semblent accorder cette protection à l'accusé au moment de son appel. Voir R. c. *Valiquette*, (1988) 62 C.R. (3d) 363; R. c. *Coulombe*, [1988] R.J.Q. 1534.

145. R. c. *Vernacchia*, précité, note 137; R. c. *Tremblay*, précité, note 137; R. c. *B. (J.W.)*, précité, note 137.

ne protection en cas d'abrogation ou d'atténuation d'une loi pénale. En effet, il faut souligner que les arrêts portant sur l'alinéa 11i) visaient des cas où il n'y avait pas eu décriminalisation de la conduite mais requalification du délit. Le Parlement avait aboli les crimes de viol et d'attentat à la pudeur et créé l'infraction d'agression sexuelle qui vise maintenant les deux comportements. La problématique serait évidemment différente si le législateur abolissait une infraction purement et simplement. On pourrait certes soutenir que la poursuite d'une personne serait contraire aux règles de justice fondamentale protégées à l'article 7.

Cela serait d'ailleurs conforme à la décision dans l'affaire *R. c. Maltais*<sup>146</sup>, jugée avant l'entrée en vigueur de la Charte. On avait permis à l'accusé, dans un cas où la loi était muette sur le caractère rétroactif d'une disposition qui restreignait la portée du texte d'incrimination, de bénéficier de l'adoucissement législatif. L'inculpé faisait face, en vertu de l'ancien article 161 du Code, à une accusation de grossière indécence. L'infraction avait été commise avant l'entrée en vigueur en août 1969, de l'ancien article 162, qui exonérait un acte posé dans l'intimité entre adultes consentants. La Cour d'appel du Québec a invoqué l'esprit des alinéas 44c) à f) et du paragraphe 45(2) de la *Loi d'interprétation* pour conclure que l'accusé devait bénéficier de la modification législative.

*B. In Italia: una piena tutela a livello legislativo salvo per talune categorie di nome.*

Il principio di retroattività della norma favorevole, anche limitatamente all'ipotesi in cui quest'ultima sia entrata in vigore prima della sentenza definitiva, non risulta esplicitamente affermato nella Costituzione italiana. Anzi, la sintetica formula adottata dall'art. 25, comma 2°, Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso") sembrerebbe ad una prima osservazione imporre l'irretroattività assoluta di qualsivoglia norma penale, sfavorevole o favorevole.

Il primo problema che il principio di retroattività favorevole pone nel sistema italiano è dunque non già quello di stabilire se tale principio sia costituzionalmente imposto, ma piuttosto quello di appurare se, addirittura, tale principio non sia espressamente vietato dalla Costituzione. In proposito, la concezione assolutamente prevalente tende tuttavia a riconoscere, se non l'obbligo costituzionale, quantomeno la legittimità costituzionale della retroattività favorevole. Ciò, tenuto conto del fatto che lo scopo del principio sancito dall'art. 25, comma 2°, Cost. non sarebbe quello di ga-

---

146. *R. c. Maltais*, [1970] C.A. 596.

rantire una certezza legale assoluta, cioè una rigorosa e inderogabile conoscibilità della norma applicabile al fatto sin dal momento della commissione di quest'ultimo; bensì quello di garantire al reo un trattamento sanzionatorio comunque non peggiore rispetto a quanto stabilito dalla legge vigente al momento del fatto (*rectius*, al momento della condotta propria del reato)<sup>147</sup>.

Se dunque una lettura dell'art. 25, comma 2°, Cost. in chiave di favor *Zibertatis* non sembra precludere affatto l'ammissibilità sotto il profilo costituzionale della retroattività favorevole, va sottolineato che tale forma di retroattività, lungi dal risultare meramente tollerata, tende oggi ad assumere addirittura una indiretta rilevanza costituzionale, che troverebbe il suo fondamento nel principio di eguaglianza sancito dall'art. 3, comma 1°, Cost. Per evidenti ragioni di parità sostanziale di trattamento, "non sarebbe invero ragionevole punire (o continuare a punire) un soggetto per un fatto che chiunque altro può impunemente commettere nel momento stesso in cui il primo subisce la condanna o i suoi effetti"<sup>148</sup>.

Nonostante l'indubbia fondatezza di tale argomento, resta il fatto che, diversamente dal principio di irretroattività sfavorevole, al principio di retroattività favorevole si stenta in Italia ad attribuire il carattere di vincolo costituzionale. Tanto più che dalla lettura dei lavori preparatori della Costituzione emerge come, attraverso la formulazione dell'art. 25, comma 2°, Cost., non si sia inteso prendere posizione sul problema della retroattività della legge favorevole, bensì lasciarne di volta in volta la soluzione alla discrezionalità del legislatore ordinario.

Una conferma del fatto che in Italia si tenda a considerare costituzionalmente legittima l'irretroattività delle norme favorevoli può essere ricavata dalla constatazione che nel nostro Paese - come meglio vedremo in seguito - la retroattività favorevole viene esclusa non solo in relazione alle leggi tendenzialmente incompatibili già sul piano logico con tale regola (cioè, essenzialmente, in relazione alle leggi temporanee e a quelle eccezionali) ma anche in relazione a leggi non certo di per sé refrattarie al principio di retroattività favorevole, quali sono appunto le leggi finanziarie<sup>149</sup>.

Comunque, al di là dei problemi posti dal principio di retroattività favorevole in materia penale sotto il profilo costituzionale, resta il fatto che il principio in questione viene sancito sia dall'art. 15, comma 1°, del Patto

147. Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 118 ss.

148. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 47-48.

149. Per contro in Francia, ove il principio di retroattività favorevole è costituzionalizzato, tale principio viene tendenzialmente applicato anche alle leggi in materia economica e fiscale, e financo alle leggi temporanee. Cfr. sul punto BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992, p. 78 ss. e bibliografia ivi riportata.

internazionale sui diritti civili e politici del 1966 sia dall'art. 2 del codice penale.

Per quanto concerne, in particolare, l'art. 2 c.p., esso prende in considerazione due distinte ipotesi di retroattività *in mitius*.

La prima ipotesi, prevista al comma 2° di tale articolo, concerne l'abrogazione di una norma penale (c.d. *abolitio criminis*) da parte di una legge successiva. In base a tale disposizione, infatti, "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali". Come si può vedere, si tratta di un'ipotesi di retroattività favorevole "piena e incondizionata"<sup>150</sup>, dato che vengono fatte retroagire non solo le norme abrogatrici entrate in vigore prima della fine delle procedure, ma, più radicalmente, anche le norme abrogatrici introdotte successivamente alla sentenza definitiva di condanna.

La seconda ipotesi, prevista dal comma 3° dell'articolo in questione, concerne invece la mera successione di leggi modificative; concerne cioè, più precisamente, "una successione tra due leggi entrambe di incriminazione, caratterizzate - a differenza delle ipotesi di *abolitio criminis* - da un semplice mutamento della disciplina penale"<sup>151</sup>. In base a tale disposizione, "Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile".

Anche in questa ipotesi, quindi, la retroattività favorevole risulta operante: ma solo laddove, appunto, la norma successiva più favorevole sia entrata in vigore prima della sentenza definitiva di condanna, onde evitare che ogni riforma penale comporti la necessaria revisione di tutte le sentenze potenzialmente coinvolte a vario titolo dalla riforma in questione.

Sono, dunque, ragioni essenzialmente di economia processuale che giustificano la distinzione tra un'abrogazione incondizionatamente retroattiva ed una modificazione *in mitius* caratterizzata da una retroattività circoscritta al perdurare dei procedimenti interessati da tale modificazione.

Come già in precedenza accennato (cfr., *supra*, § 3.1.1.1.B.), la diversa disciplina riscontrabile sul piano retroattivo tra ipotesi abrogative e ipotesi modificative *in mitius* pone il problema di una loro esatta distinzione. Nell'impossibilità di riproporre le differenti teorie elaborate al riguardo (quali innanzitutto la teoria detta della "continuità nel tipo di illecito"<sup>152</sup> ovvero le teorie che valorizzano i rapporti strutturali tra fattispecie e la

150. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 47.

151. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 2, p. 56, n. 14.

152. Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 2, p. 56, n. 16.



collocazione sistematica di queste ultime)<sup>153</sup>, basterà ricordare in questa sede che si avrà modificazione laddove il fatto concreto preso in esame continui a costituire un illecito penale anche in base alla nuova legge, mentre si avrà abrogazione laddove con la nuova legge il fatto in questione cessa di avere rilevanza penale<sup>154</sup>.

Prima di concludere questo sintetico esame della disciplina prevista per le norme penali favorevoli entrate in vigore prima della sentenza definitiva, non si può fare a meno di ricordare come in relazione ad esse il principio di retroattività conosca tre importanti eccezioni. Infatti, secondo quanto in precedenza accennato, le leggi temporanee<sup>155</sup>, le leggi eccezionali<sup>156</sup> e le leggi finanziarie<sup>157</sup> sottostanno al rigoroso principio *tempus regit actum*, con conseguente esclusione sia dell'efficacia retroattiva rispetto ad esse di eventuali leggi successive più favorevoli, sia anche (limitatamente alle leggi temporanee e eccezionali)<sup>158</sup> della loro stessa irretrattività rispetto a una legge precedente più severa. Ciò emerge, per quanto concerne le prime due categorie di leggi ricordate, dall'art. 2, comma 4°, c.p., in base al quale "Se si tratta di leggi eccezionali e temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti"; mentre per quanto concerne la terza categoria di leggi, dall'art. 20, l. 7 gennaio 1929, n. 4, secondo cui: "Le disposizioni penali delle leggi finanziarie e quelle che prevedono ogni altra violazione di dette leggi si applicano ai fatti commessi quando tali disposizioni erano in vigore, ancorché le disposizioni medesime siano abrogate o modificate al tempo della loro applicazione".

La ratio dell'esclusione dal principio di retroattività favorevole trova una valida spiegazione, per le leggi temporanee ed eccezionali, nella loro programmata provvisorietà, e dunque nell'evidenza di un loro termine di vigenza, esplicito o implicito. In questo senso, l'eventuale efficacia retroattiva della legge ordinaria successiva più favorevole vanificherebbe infatti la funzione generalpreventiva delle norme "eccezionali" e temporanee, incentivando la commissione dei relativi reati, in particolare nel periodo immediatamente precedente il termine della vigenza di tali norme ovvero il termine della fase eccezionale. Inoltre, data la logica emergenziale che permea le leggi in questione, anche la retroattività di eventuali

---

153. Cfr. in particolare, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 49 ss.

154. Cfr., anche per taluni esempi al riguardo, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 122.

155. Cioè le leggi per le quali il legislatore indica il periodo di vigenza al termine del quale le leggi in questione cesseranno di avere vigore, senza che sia all'uopo necessaria una apposita legge d'abrogazione.

156. Cioè le leggi la cui validità è condizionata al persistere di situazioni eccezionali (alluvioni, terremoti, guerre, epidemie, carestie, ecc.).

157. Cioè le leggi concernenti i tributi versati allo Stato.

158. Cfr., in proposito, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 125.

(ma meno probabili) leggi temporanee o eccezionali a carattere favorevole apparirebbe non giustificata, la loro disciplina sanzionatoria risultando concepita esclusivamente in funzione delle particolari esigenze proprie della situazione contingente che le ha prodotte.

Per contro, per le leggi finanziarie, la *ratio* del principio di irretroattività di ogni successiva legge più favorevole o addirittura abrogatrice, troverebbe la propria ragione, secondo la Corte costituzionale, "nell'interesse primario alla riscossione dei tributi"<sup>159</sup>. In proposito la prevalente dottrina, pur riconoscendo che tale "interesse fiscale" risulta strumentale al concreto funzionamento dello Stato, e dunque alla realizzazione dei suoi fini di promozione sociale<sup>160</sup>, sottolinea criticamente come il suddetto interesse non sembri presentare profili tali da giustificare una deroga al principio di retroattività favorevole. E ciò, anche tenuto conto che rispetto alle norme volte a tutelare interessi costituzionali altrettanto o ancor più importanti (quali, ad esempio, la vita, la salute pubblica, ecc.) non sono previste deroghe al principio della retroattività *in mitius*<sup>161</sup>.

Invero, è stato da taluno<sup>162</sup> osservato come sussisterebbe una ulteriore giustificazione dell'attuale regime di successione nel tempo delle norme penali finanziarie, per certi aspetti più convincente di quella avanzata dalla Corte costituzionale. Secondo questa dottrina, sarebbero gli stessi mutevoli contenuti delle leggi finanziarie via via varate dal legislatore ad imporre l'accoglimento del principio *tempus regit actum*. Infatti, in Italia, tali leggi tendono non di rado a trasformare nel profondo il regime di imposte vigente, in particolare abolendo talune imposte e creandone di nuove, con conseguente abrogazione degli illeciti penali relativi alle vecchie imposte e contestuale previsione di nuovi illeciti, concernenti appunto le ipotesi di violazione delle nuove imposte. In un siffatto contesto, pertanto, "l'applicazione dell'art. 2 comma 2 c.p."<sup>163</sup> comporterebbe la non punibilità dei fatti criminosi commessi sotto la vigenza del precedente sistema tributario, dato che le nuove incriminazioni sono strutturalmente diverse ri-

159. Così, testualmente, Corte cost., sent. 6 giugno 1974, n. 164, in Foro it., 1975, I, p. 27, con nota di PADOVANI, *La c.d. "ultrattività" delle leggi penali finanziarie ed il principio costituzionale di uguaglianza*; ID., 16/1/1978, n. 6, in *Giur. cost.*, 1978, I, 40.

160. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 125.

161. Cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 81 ss.; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, cit., p. 90.

162. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in *Studi Delitala*, II, Milano, 1984, p. 1020.

163. In base al quale, come già ricordato, "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

spetto alle precedenti" <sup>164</sup>, e dunque – per il principio di stretta legalità – non utilizzabili per colpire le violazioni relative alle imposte abrogate.

In definitiva, in materia fiscale l'abbandono del principio di retroattività favorevole per il principio *tempus regit actum* consentirebbe opportunamente di punire gli illeciti penali relativi alle "vecchie" imposte anche successivamente all'abrogazione degli illeciti in questione (abrogazione derivante, come detto, dalla "sostituzione" delle suddette imposte con nuove forme di prelievo fiscale). Tale soluzione appare tanto più opportuna ove si pensi che "in questi casi non si può dire che l'abrogazione delle norme corrisponda al venir meno del loro disvalore sostanziale" <sup>165</sup>, come viceversa accade nella massima parte dei casi di *aboiitio criminis*.

Resta comunque il fatto che la regolamentazione della successione di leggi penali adottata in relazione alle leggi finanziarie risulta invece, anche agli occhi di tale recente dottrina, eccessivamente rigorosa in relazione alle nuove norme di favore meramente modificative, alle norme cioè che si limitino ad "addolcire" le sanzioni previste dalla legislazione penale tributaria. In questi ultimi casi, invero, la regola generale della retroattività favorevole, oggi negata dalla legge del 1929, sembrerebbe quella più consona alle ragioni della logica giuridica.

### 3.1.2.2. *In caso di sua entrata in vigore dopo la fine delle procedure.*

#### A. *In Canada: un vuoto di tutela.*

Nous avons déjà souligné que la Cour supreme a décidé, dans l'arrêt R. c. *Milne* <sup>166</sup>, que l'alinéa 1 li) n'offrait aucune protection en cas de diminution ou abrogation de la peine après la fin des procédures. De même, l'alinéa 43d) de la *Loi d'interprétation* prévoit qu'une telle modification n'a pas d'effet eu égard aux peines imposées.

Tout au plus, on pourrait tenter de soutenir que la prolongation de la détention pourrait, dans certaines circonstances, contrevenir aux règles de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la Charte. À cet égard, il est utile de rappeler les circonstances de la décision de la Cour supreme dans l'arrêt R. c. *Milne* <sup>167</sup>. L'accusé avait plaidé coupable, en 1979, à cinq chefs d'accusation de grossière indécence, ce qui constituait à l'époque une infraction aux termes de l'article 161 du Code. Les victimes étaient des garçons âgés de 13 à 16 ans. Puisqu'un tel crime était alors considéré comme un "sévice grave" au sens de l'article 752 du Code, la poursuite a

164. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 55.

165. PADOVANI, *ivi*.

166. Précité, note 141.

167. Id.

présenté une requête visant à faire déclarer l'accusé "délinquant dangereux". La Cour a accueilli la demande et à titre de peine, a ordonné la détention préventive de Milne, i.e. sa détention pour un terme indéterminé. En 1983, le Parlement a aboli l'article 161 et l'accusé a demandé sa remise en liberté en invoquant l'alinéa 1 li). La Cour supreme a conclu que cette disposition ne s'appliquait pas. Il faut toutefois souligner que le comportement du requérant demeurerait toujours criminel suite aux modifications législatives puisque cela constituait une agression sexuelle. La solution pourrait être différente si le comportement avait été totalement décriminalisé.

*B. In Italia: una tutela a livello legislativo solo in caso di abrogazione della norma incriminatrice.*

In presenza di una decisione giudiziaria che abbia definitivamente sancito la responsabilità penale dell'imputato per il reato a lui ascritto, il principio della retroattività favorevole può trovare applicazione solo nei casi di abrogazione dell'illecito da parte di una legge successiva.

In proposito, il secondo comma dell'art. 2 c.p. dispone testualmente che "nessuno può essere punito per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

La *ratio* sottesa a tale previsione appare agevolmente intuibile: sarebbe infatti del tutto irragionevole proseguire l'esecuzione della pena o consentire residui effetti penali a carico del condannato laddove la condanna sia stata pronunciata per fatti non più considerati illeciti dalla collettività.

In tale prospettiva, la retroattività *dell'abolitio criminis* – certamente non prevista (ma nemmeno vietata) dall'art. 25, comma 2 Cost. – potrebbe trovare un proprio fondamento giustificativo nell'art. 27, comma 3 Cost., ai sensi del quale la sanzione penale deve svolgere una funzione rieducativa: protrarre l'esecuzione di una pena comminata per fatti non più costituenti reato ben difficilmente infatti potrebbe conciliarsi con la finalità ri-socializzatrice assegnata dalla Costituzione alla sanzione penale.

Tale assunto non può peraltro considerarsi contraddetto dalla previsione di talune eccezioni all'operatività del principio della retroattività favorevole (ci si riferisce a quanto sancito dalle leggi temporanee, eccezionali e finanziarie<sup>168</sup>), eccezioni che appaiono motivate dall'esigenza di salvaguardare interessi altrettanto meritevoli di tutela.

Al di là dell'apparente semplicità del disposto contenuto nell'art. 2, comma 2 c.p., la concreta applicazione del principio della retroattività favorevole in relazione alle ipotesi di *abolitio criminis* non sempre risulta di

---

168. Cfr. retro, § 3.2.1. B.

agevole applicazione, ed anzi pone una lunga serie di questioni in tutti i casi in cui la volontà del legislatore non sia chiaramente espressa. Più precisamente, di fronte ad ogni intervento di riforma attuato nel sistema penale, si pone il problema di comprendere se l'intento del legislatore sia stato quello di eliminare una o più fattispecie preesistenti – con la conseguente esclusione della punibilità per i fatti commessi sotto la loro vigenza – ovvero se abbia semplicemente inteso riformulare le fattispecie suddette – con il conseguente inquadramento della modifica normativa nell'ambito del diverso fenomeno della "successione di leggi": nel qual caso i fatti progressi manterrebbero la propria rilevanza penale, e verrebbero disciplinati dalla norma più favorevole, se non ancora definiti irretrattabilmente.

Un esempio del tutto emblematico delle spinose questioni di diritto transitorio che possono derivare da interventi di riforma dai contenuti complessi è costituito dalle innovazioni apportate dal legislatore del '90 in tema di reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. In particolare, premesso che la legge n. 86 del 1990 ha abrogato la vecchia fattispecie di interesse privato in atti d'ufficio<sup>169</sup> e ha contestualmente modificato il contenuto della fattispecie di abuso d'ufficio<sup>170</sup>, il problema che principalmente si è posto all'attenzione degli operatori è stato quello di precisare se le ipotesi originariamente comprese nella vecchia figura criminosa dell'"interesse privato" dovessero considerarsi depenalizzate, ovvero se potessero ritenersi almeno in parte confluite nella nuova formulazione della fattispecie di "abuso".

Tale quesito è stato tempestivamente risolto dalla giurisprudenza, ed in particolare dalle sezioni unite della Cassazione<sup>171</sup>, nel senso di escludere che la riforma del '90 abbia comportato una generalizzata *abolitio criminis*; al contrario, secondo un indirizzo ormai consolidato, la nuova legge avrebbe escluso la rilevanza penale di alcune particolari ipotesi in precedenza sanzionate, ma avrebbe nel contempo conservato tale rilevanza ri-

---

169. Prima che il legislatore del '90 ne sancisse l'abrogazione, l'art. 324 c.p. puniva il "pubblico ufficiale che, direttamente o per interposta persona o con atti simulati, prende(va) un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita(va) il proprio ufficio".

170. L'art. 323 c.p., nella formulazione antecedente la riforma del '90, sanzionava il pubblico ufficiale che "abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette(va) per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge". L'attuale formulazione di tale articolo sanziona invece la condotta del "pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio". La pena è aumentata "se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale".

171. Cass. SS.UU. 20/6/1990, in *Il Foro* it. 1990, II, p. 637. Cfr. anche Corte d'App. Palermo 29/5/1990, Trib. Cassino 19/6/1990, Trib. Genova 13/6/1990, *ivi*, p. 638 ss.

spetto ad altre ipotesi confluite nell'ambito di applicazione della nuova fattispecie di abuso d'ufficio<sup>172</sup>.

### 3.2. In materia di procedura, di prova e d'esecuzione della pena.

#### 3.2.1. Il problema della sussistenza di una garanzia costituzionale.

A. In *Canada*: l'assenza di una garanzia esplicita.

Le texte de l'alinéa 11g) ne vise pas les règles de preuve et de procédure. Il rejoint en cela le droit commun qui veut qu'en principe, une nouvelle règle s'applique dès son adoption aux poursuites en cours. Toutefois, le droit reconnaît qu'une règle procédurale ne doit pas avoir d'effet rétroactif eu égard aux aspects fondamentaux qu'elle peut comporter.

Le principe de l'application de la règle de procédure aux litiges pendants a été entériné par le législateur fédéral au sous-alinéa 44d)(ii) de la Loi d'interprétation, qui précise que «la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, dans la mesure où l'adaptation en est possible [...] pour le recouvrement des amendes ou pénalités [...] imposées sous le régime du texte antérieur [...]». Dans l'arrêt *R. c. Wildman*, la Cour suprême a déclaré que cette disposition «emploie le mot procédure dans son sens large et [...] comprend les règles de preuve»<sup>173</sup>. Cette affaire illustre très bien le principe que nous avons évoqué. Le prévenu avait été accusé du meurtre de sa belle-fille âgée de huit ans. Le crime avait été commis en 1978. Le premier procès avait été tenu avant l'adoption du paragraphe 4(4) de la Loi sur la preuve qui prévoit expressément que le conjoint de l'accusé devient un témoin compétent et contraignable dans le cas d'un des délits prévus à cet article. À l'époque, la poursuite n'avait pas fait entendre l'épouse de l'accusé puisqu'en vertu de la Loi sur la preuve à ce moment, l'épouse

---

172. Tra i parametri utilizzati dalla giurisprudenza per stabilire se le innovazioni legislative di volta in volta apportate debbano essere inquadrate nell'ambito del fenomeno successorio ovvero dell'abolitio *criminis*, merita di essere segnalato in particolare quello facente leva sulla "continuità del tipo di illecito". Sulla base di tale parametro, ci si troverebbe in presenza di una ipotesi di successione di leggi in tutti i casi in cui, nonostante la novazione legislativa, tra la fattispecie attuale e quella preesistente permanga una sostanziale omogeneità, ricavabile per un verso dall'identità dell'oggetto della tutela (nel caso di specie, l'interesse al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione), per altro verso da una sostanziale similarità delle modalità di aggressione ai predetti beni giuridici (e a tale proposito la Suprema Corte ha affermato che gli elementi costitutivi della nuova fattispecie di abuso d'ufficio erano in parte già compresi - implicitamente o esplicitamente - negli abrogati artt. 323 e 324 c.p.).

173. *R. c. Wildman*, [1984] 2 R.C.S. 311, 331.

n'était ni compétente, ni contraignable pour témoigner en poursuite<sup>174</sup>. L'accusé a toutefois été déclaré coupable et il s'est pourvu devant la Cour suprême qui lui a donné raison sur un autre point et a ordonné un nouveau procès. Le juge Lamer a été amené à traiter de la contraignabilité de l'épouse du prévenu et a indiqué que ce problème ne se poserait pas lors du nouveau procès puisque le paragraphe 4(4) s'appliquerait.

Bien que l'alinéa 11g) ne puisse être invoqué pour mettre cette règle en échec, les plaideurs ont néanmoins tenté de soulever qu'elle violait les principes de justice fondamentale. Les tribunaux ont rejeté cette prétention<sup>175</sup>.

Il faut toutefois souligner que le principe de l'application immédiate de la règle procédurale ne vaut, comme l'indique l'alinéa 44d) de la Loi *d'interprétation*, que «dans la mesure où l'adaptation est possible». L'arrêt R. c. *Ali*<sup>176</sup> illustre cette règle. Une accusation avait été déposée le 1<sup>er</sup> juin 1976, reprochant au prévenu d'avoir, le 22 avril 1976, conduit son véhicule alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. La police avait, au moment de l'arrestation, prélevé un seul échantillon d'haleine comme le prévoyait alors le paragraphe 254(3) du Code. Toutefois, le 7 mai 1976, cette dernière disposition a été amendée pour prévoir que des échantillons d'haleine peuvent être prélevés et surtout, que certaines présomptions du taux d'alcoolémie au moment de l'infraction seraient autorisées lorsque des échantillons ont été prélevés<sup>177</sup>. Lors de l'audition du procès, en août 1976 et mai 1977, l'accusé a demandé le rejet du certificat d'analyse en alléguant que la nouvelle disposition s'appliquait de sorte que deux échantillons auraient dû avoir été prélevés. La Cour suprême a rejeté cette prétention en invoquant notamment l'alinéa 44d). Le juge Pratte a indiqué qu'il était évident que le Parlement n'avait pu vouloir exiger, dans le cas des infractions commises avant la modification, le dépôt de deux certificats alors que la loi ne permettait qu'un seul prélèvement<sup>178</sup>.

---

174. Le paragraphe 4(5) prévoyait certains eas où la poursuite pouvait contraindre le conjoint de l'accusé. Dans l'affaire R. c. *Wildman*, id, la poursuite estimait, peut-être à tort, que cette disposition ne pouvait s'appliquer.

175. R. c. *Bickford*, (1990) 51 C.C.C. (3d) 181 (C.A.Q.); R. c. *Jack*, (1990) 51 C.C.C. (3d) 255 (C.A.N.E.).

176. R. c. *Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221.

177. Il s'agit des alinéas 258(1)c) et 258(1)f) qui ont été modifiés pour permettre la preuve de l'alcoolémie par certificat d'analyse.

178. Il a ensuite conclu, en invoquant les alinéas 43b) et 43c) de la Loi *d'interprétation*, que l'abrogation de l'ancienne loi n'empêchait pas le dépôt en preuve du certificat établi suite au test d'ivressomètre.

Ensuite, notons que la Cour supreme a déjà reconnu qu'une règle de procédure ou de preuve n'a pas d'effet rétroactif lorsqu'elle porte atteinte à des droits. L'arrêt *R. c. Ali* illustre de nouveau ce principe. Dans son opinion, le juge Pratte a également indiqué que la modification législative au paragraphe 254(3) du Code touchait en sus le fond du droit en ce qu'elle permettait aux policiers d'exiger plus d'un échantillon d'haleine<sup>179</sup>. Il en résultait donc qu'il fallait interpréter dans le même sens, i.e. comme s'appliquant uniquement aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la loi, les dispositions portant sur la preuve de ces analyses.

Sur le plan de l'exécution des peines, il faut dans un premier temps mentionner l'arrêt de principe de la Cour supreme dans l'affaire *R. c. Shubley*<sup>180</sup>, où l'on a jugé qu'une personne qui purge une peine d'emprisonnement n'est pas une personne *inculpé(e)* au sens de l'article 11 de la Charte. Elle ne peut donc bénéficier des garanties qui y sont prévues. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si le fait d'avoir placé en isolement cellulaire un détenu qui en avait assailli un autre empêchait une poursuite pour voies de fait en vertu du *Code criminel*. L'accusé invoquait l'alinéa 1h) qui interdit de punir une personne antérieurement déclarée coupable et punie. La juge McLachlin a déclaré que l'article 11 s'applique aux procédures criminelles, ce qui, au Canada, ne vise pas la phase de l'exécution de la peine. Elle a déclaré que l'article 7, qui garantit le respect des règles de justice fondamentale en cas d'atteinte à la liberté, est la disposition applicable en la matière. Cela permet aux tribunaux d'appliquer, d'une manière modulée, les garanties prévues à l'article 11.

La Cour supreme a fait face à un problème de rétroactivité dans l'arrêt *R. c. Cunningham*<sup>181</sup>. Le requérant avait été condamné, en 1981, à une peine d'emprisonnement de douze ans pour homicide involontaire. À cette époque, le détenu qui avait fait preuve de bonne conduite avait droit d'être mis en liberté surveillée après avoir purgé les deux tiers de sa peine. En 1986, on a amendé la loi pour prévoir qu'une audition pouvait être tenue six mois avant la date de remise en liberté pour déterminer s'il y a un risque important que le détenu commettra des infractions causant la mort ou un tort considérable. Cunningham s'étant vu refuser la libération, il s'est adressé aux tribunaux en alléguant notamment que la nouvelle loi était contraire aux principes de justice fondamentale. La juge McLachlin a indiqué qu'il faut prendre en considération la protection du public pour défi-

---

179. *R. c. Ali*, précité, note 176, 238. Sans que le juge Pratte ne l'ait expressément mentionné, il est clair que la loi nouvelle modifiait le degré d'atteinte à l'intégrité de la personne.

180. *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3.

181. *R. c. Cunningham*, [1993] 2 R.C.S. 143.



nir les principes de justice fondamentale protégés par l'article 7. Il en résultait donc que la loi ne viole pas la Charte.

B. In Italia: *la* consolidata applicazione del principio *tempus regit actum*.

A differenza di quanto previsto per il diritto penale sostanziale, nell'ambito del quale – come si è visto – operano congiuntamente sia il principio di irretroattività della norma sfavorevole (sancito dall'art. 25, comma 2 Cost.), sia il principio della retroattività della disposizione più favorevole (regolato dall'art. 2, comma 3 c.p.), in tema di successione di leggi il settore processuale e quello inerente all'esecuzione penale sembrano ispirarsi ad altri criteri.

Iniziando la trattazione dalla materia processuale, va subito osservato che, sebbene non siano mancati coloro che hanno ritenuto ad essa estensibile il divieto di retroattività sfavorevole (e ciò sulla base di un ampio concetto di "punibilità" comprensivo non solo delle disposizioni incriminatrici ma anche di tutte le altre disposizioni normative in grado di influire sull'accertamento della responsabilità penale)<sup>182</sup>, la tesi dominante – in dottrina ma soprattutto in giurisprudenza – è nel senso di riconoscere validità in questo settore al principio espresso dal brocardo "tempus regit actum", secondo il quale gli atti processuali da compiere vengono disciplinati dalla legge di nuova emissione, anche se collegati ad altri atti inerenti al medesimo procedimento ed adottati in precedenza sulla base della vecchia normativa.

Pertanto, secondo tale orientamento, la materia processuale risulterebbe sottratta sia all'operatività dell'art. 25, comma 2 Cost. concernente l'irretroattività della norma sfavorevole, sia alla disciplina posta dall'art. 2, comma 3 c.p. in tema di retroattività favorevole.

Ciò non toglie naturalmente che il legislatore possa di volta in volta, nel caso di successione di leggi processuali, dettare disposizioni transitorie contenenti deroghe al principio summenzionato: è quanto accaduto per esempio con gli artt. 68 disp. trans. c.p.p. del 1930 e 251 disp. trans. c.p.p. vigente che in tema di custodia cautelare hanno disposto l'applicazione della disciplina più favorevole all'imputato.

Tale soluzione – che certamente è consentita dalla Costituzione – non rappresenta infatti un ostacolo al riconoscimento della validità del principio "tempus regit actum": al contrario, proprio perché costituente una eccezione alla regola, essa ne conferma la generale applicabilità.

---

182. Sul punto, cfr. per esempio GAITO, Custodia preventiva e successione di leggi, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1975, p. 1361; M.GALLO, Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1965, p. 215; LOZZI, "Favor rei" e processo penale, Milano 1968, p. 164.

Accedendo a tale ricostruzione interpretativa, il principale problema che si pone è quello di stabilire una chiara linea di demarcazione tra gli istituti afferenti al diritto penale sostanziale, e come tali assoggettati alla disciplina posta dagli artt. 25 Cost. e 2 c.p., e gli istituti inerenti alla materia processuale, sottratti all'operatività delle garanzie previste dalle suddette disposizioni.

Nell'ambito di tale dibattito, il vero *punctum dolens* è da sempre rappresentato dalla misura della custodia cautelare in carcere, vuoi per la sua pesante incidenza sulla libertà personale dell'individuo, vuoi per la tradizionale abitudine del legislatore italiano ad occuparsi frequentemente di questo settore, di volta in volta ispirato da contingenti esigenze ora repressive, ora garantiste.

Del tutto emblematiche in tal senso devono per esempio considerarsi le innovazioni legislative apportate in tema di custodia cautelare nel periodo compreso tra il 1989 (data di entrata in vigore del nuovo codice) e il 1991, innovazioni che possiamo così sintetizzare:

- nella stesura originaria del codice (art. 275, comma 3 c.p.p.), la custodia in carcere veniva relegata in una condizione di *extrema ratio* - potendo essere disposta soltanto quando ogni altra misura risultasse inadeguata al soddisfacimento delle esigenze cautelari;

- successivamente, l'art. 5 comma 1 del d.l. 13/5/1991, n. 152, convertito con modificazioni nella l. 12/7/1991, n. 203, statuiva che, in relazione ad alcune particolari ipotesi di reato tassativamente elencate (in gran parte afferenti alla criminalità di tipo mafioso), si dovesse applicare la custodia in carcere "salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure";

- infine, l'art. 1 comma 1 del d.l. 9/9/1991, n. 292, convertito con modificazioni nella l. 8/11/1991, n. 356, eliminava l'inciso "o che le stesse possano essere soddisfatte con altre misure", introdotto dal legislatore pochi mesi prima, venendo così ad eliminare, o quantomeno a ridurre drasticamente, il potere discrezionale del giudice nel vagliare l'adeguatezza delle varie misure rispetto alle esigenze cautelari di volta in volta presenti.

Di fronte ad un quadro siffatto, il principale problema che si imponeva all'attenzione degli operatori era, ancora una volta, quello di stabilire se le nuove disposizioni dovessero trovare applicazione solo per l'avvenire, ovvero si potessero utilizzare anche in relazione ai procedimenti penali in corso.

Chiamata a pronunciarsi sul punto, peraltro successivamente all'adozione di alcune discusse pronunce dei giudici di merito<sup>183</sup>, la Suprema Corte di

---

183. Cfr. in particolare Corte d'Assise d'Appello di Palermo, ord. 231911991, in Foro it. 1992, II, p. 4.

Cassazione ha ribadito, per un verso, la natura esclusivamente processuale della custodia cautelare in carcere, tesi del resto sostenuta anche dalla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>184</sup>; per altro verso e conseguentemente, la Suprema Corte ha affermato la necessità di sottrarre tale istituto all'ambito di operatività del divieto di cui all'art. 25, comma 2 Cost., optando per una piena applicazione a tale settore della regola espressa nel principio del "*tempus regit actum*". Per tutte queste ragioni, la Cassazione concludeva con riferimento al caso specifico affrontato, affermando la legittimità dell'automatica adozione della custodia in carcere nei confronti di coloro che, essendo indagati per i reati interessati dalle riforme del '91, si trovassero agli arresti domiciliari al momento di entrata in vigore della nuova normativa<sup>185</sup>.

Passando ora al settore attinente all'esecuzione della pena (sempre con specifico riferimento alle ipotesi di successione di leggi), va osservato come le problematiche emerse risultino in gran parte analoghe a quelle appena descritte – sia pure sommariamente – in tema di norme processuali.

Più precisamente, anche in questo versante si sono registrati due contrapposti orientamenti: il primo, di ispirazione essenzialmente dottrinale, che ha affermato la necessità di ancorare l'esecuzione della pena ad una rigorosa applicazione di tutti i corollari del principio di legalità<sup>186</sup>; il secondo, che ha trovato largo seguito soprattutto nella giurisprudenza, secondo cui la disciplina dell'irretroattività prevista per le norme di carattere sostanziale è da considerare estranea alla complessa materia dell'esecuzione delle sanzioni<sup>187</sup>.

L'incertezza che contraddistingue questo settore risulta tanto più inopportuna, ove si consideri ancora una volta la grande frequenza degli interventi legislativi aventi ad oggetto l'ordinamento penitenziario, in gran parte dettati sull'onda emozionale derivante da gravi episodi di criminalità.

Indicazioni emblematiche di quanto appena affermato possono ad esempio essere ravvisate nelle numerose innovazioni apportate dal legislatore nell'arco del solo biennio 1990/1992, innovazioni essenzialmente volte a creare un circuito penitenziario differenziato e parallelo tra autori dei c.d. "reati comuni" e autori dei reati caratterizzati da un maggiore allarme

---

184. In questo senso: Corte cost. sentt. 4/5/1970, n. 64, e 16/6/1970, n. 96, in Foro it. 1970, I, p. 1284 e 1853; 12/7/1972, n. 135, ivi, 1972, I, p. 3007; 13/3/1974, n. 68, ivi., 1974, I, p. 948; 1/2/1982, n. 15, ivi, 1982, I, p. 2132.

185. Cass. 13/12/1991, in Foro it. 1992, II, p. 1.

186. Sul punto, cfr. in particolare BRICOLA, L'intervento del giudice *nell'esecuzione delle pene detentive*: profili giurisdizionali e profili amministrativi, in *Ind.pen.* 1969, p. 279; ID., *Art. 25, comma 2 Cost.*, in Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (*artt.24-26*), a cura di Branca, Bologna 1981, p. 300.

187. Cfr. ad esempio Cass. 11/2/1991, in Cass. pen. 1992, p. 397.

sociale<sup>188</sup>. In tutti i casi predetti, la mancanza di solidi principi di riferimento o di chiare disposizioni transitorie ha contribuito a creare un quadro normativo confuso e disorganico, i cui limiti applicativi da un punto di vista temporale sono apparsi tutt'altro che definiti<sup>189</sup>.

### 3.2.2. *Un problema specificamente canadese: l'istituto della prescrizione come regola di procedura.*

Une règle créant une prescription est de nature procédurale. Elle s'applique donc en principe aux infractions commises avant son entrée en vigueur. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Chandra Dharma*<sup>190</sup>, la Cour d'appel de l'Angleterre a décidé qu'une loi étendant le délai de prescription de trois à six mois et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1904, s'appliquait à l'égard d'une infraction commise le 15 juillet de cette même année. Une poursuite intentée le 27 décembre 1904 n'était donc pas prescrite. Toutefois, Lord Alverstone a indiqué, en *obiter*, que l'accusation n'aurait pu être portée si le délai de trois mois avait été expiré au moment de l'entrée en vigueur de l'amendement.

La Cour supreme, dans l'arrêt *Martin c. Perrie*<sup>191</sup>, a reconnu le bien-

---

188. Con tali misure infatti, nei confronti degli autori dei reati più gravi (tra cui in particolare quelli connessi alla criminalità di tipo mafioso e quelli commessi per finalità di terrorismo) per un verso è stato ristretto l'ambito di concedibilità di alcuni istituti aventi una finalità lato sensu rieducativa/umanitaria, per altro verso è stato previsto un aggravamento del regime carcerario in senso stretto ove siano ritenute sussistenti particolari ragioni di ordine o sicurezza. Sul punto, cfr. in particolare le innovazioni disposte dal d.l. 13/5/1991, n. 152, convertito con l. 12/7/1991, n. 203, nonché dal d.l. 8/6/1992, n. 306, convertito con l. 7/8/1992, n. 356. Il processo di parziale revisione della precedente normativa penitenziaria era del resto già iniziato col d.l. 13/11/1990, n. 324, non convertito, e dai successivi d.l. 12/1/1991, n. 5 e 13/3/1991, n. 76, anch'essi decaduti.

189. Per esempio, nella già citata sentenza della Cass. 11/2/1991 (retro, nota 187), la S.C. ha annullato l'ordinanza che aveva disposto una misura alternativa alla detenzione in favore di un imputato per gravi fatti di terrorismo, poiché la Corte stessa ha ritenuto applicabile retroattivamente la normativa nel frattempo sopravvenuta che aveva modificato in senso peggiorativo i limiti di concedibilità delle suddette misure alternative. Tale decisione è stata oggetto di vivaci riserve da parte di certa dottrina, che ha sottolineato per un verso la discutibilità della totale sottrazione della materia dell'esecuzione al principio della irretroattività della norma sfavorevole; per altro verso, la fragilità della decisione con riferimento alla norma del decreto che regolava l'efficacia nel tempo delle modifiche c.d. "peggiorative"; per altro verso ancora, addirittura, l'impossibilità per la Corte di applicare *ex officio* una disposizione di legge a contenuto peggiorativo entrata in vigore durante la pendenza del ricorso, e non rientrante nei "motivi proposti" dal ricorrente. Sul punto, cfr. DELLA CASA, Successione di leggi penitenziarie: modifiche peggiorative e limiti inerenti allo "ius superveniens", in *Cass.pen.*, 1992, p. 399.

190. *R. c. Chandra Dharma*, [1905] 2 K.B. 335 (C.A. Ang.).

191. *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41.

fondé de cette règle en matière civile. Une action en responsabilité avait été intentée, en 1979, contre un médecin à l'égard d'une intervention chirurgicale intervenue en 1969. À cette époque, la loi ontarienne prévoyait un délai de prescription d'un an mais, en 1975, on l'a amendée pour fixer le délai à un an de la connaissance de la faute. Comme le demandeur avait découvert, en 1979, que le chirurgien n'avait pas extrait tous les fils de suture introduits dans son abdomen, il alléguait que son droit d'action n'était pas prescrit. La Cour, par la voix du juge Chouinard, a décidé qu'une loi ne peut avoir un effet rétroactif de manière à interférer avec un droit acquis. Le médecin défendeur avait droit, à l'expiration du délai d'un an, de présumer qu'il pouvait se départir de tout document pertinent à l'intervention et d'ordonner ses affaires en prenant pour acquis qu'il était à l'abri de toute responsabilité<sup>192</sup>.

En matière pénale, après une certaine hésitation, les tribunaux ont reconnu ce même principe. Dans un premier temps, la Cour suprême de Terre-Neuve a refusé d'appliquer ce raisonnement en matière pénale dans l'affaire *R. c. Sheppard*<sup>193</sup>. L'accusé avait été poursuivi en 1989, pour des actes de proxénétisme commis entre 1981 et 1984 alors que l'ancien paragraphe 212(4), abrogé en 1988, prévoyait une prescription d'un an. Le juge Soper a indiqué que les considérations sur le besoin d'un individu d'ordonner ses affaires n'ont pas leur place en droit pénal. Dans un deuxième temps, la Cour d'appel de l'Ontario a plutôt opté pour une solution différente<sup>194</sup>. La Cour a déclaré que l'abrogation d'une règle de prescription n'avait pas pour effet de faire revivre un droit de poursuite qui était, à l'époque de l'abrogation, prescrit. Aussi, un contrevenant qui n'est pas poursuivi en temps voulu acquiert un droit de ne plus l'être.

Cette dernière décision nous semble plus conforme au droit. Même si l'arrêt *R. c. Ford*<sup>195</sup> n'a pas examiné l'incidence de l'alinéa 11g) de la Charte, il faut souligner que les tribunaux ont considéré que l'intervention d'une prescription constitue un moyen de défense au mérite<sup>196</sup>. Si cette disposition ne permet pas de priver un accusé d'un moyen de défense que le droit lui reconnaissait au moment de l'infraction, il devrait logiquement lui garantir le droit de bénéficier d'une prescription acquise. Cette solution est également conforme à l'alinéa 43c) de la Loi *d'interprétation*<sup>197</sup>.

---

192. *Id.*, 51.

193. *R. c. Sheppard*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 213 (C.S.T.N.).

194. *R. c. Ford*, (1994) 84 C.C.C. (3d) 544 (C.A.O.).

195. *Id.*

196. *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S.343; *R. c. Lattoni et Corbo*, [1958] R.C.S.603.

197. *R. c. Ford*, précité, note 194, 558.

## Capitolo 2

### IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

#### 1. LA GARANZIA DELLA COLPEVOLEZZA NEI REATI CHE PREVEDONO UNA PENA LIMITATIVA DELLA LIBERTÀ

##### 1.1. Le forme di manifestazione della colpevolezza.

###### 1.1.1. La volontà criminale.

A. *In Canada: la mens rea come intenzione, accettazione del rischio o negligenza grave.*

Un arrêt déterminant dans l'évolution canadienne de la notion de *mens rea* est sans nul doute l'arrêt R. c. *Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*<sup>198</sup>. Dans ce jugement, la Cour suprême, sous la plume du juge Dickson, a reconnu trois catégories d'infractions comportant des exigences différentes sur le plan de la culpabilité.

«1. Les infractions dans lesquelles la mens rea, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique.

2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la mens rea; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions à responsabilité stricte. C'est ainsi que le juge Estey les a appelées dans l'affaire Hickey.

3. Les infractions de responsabilité absolue où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute."<sup>199</sup>

La Cour a ainsi introduit la distinction entre les infractions véritablement criminelles et celles que l'on peut qualifier de «réglementaires» ou contre le bien-être public. La Cour a reconnu l'étendue toujours croissante

198. R. c. *Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

199. Id, 1325 et 1326.

de la législation et la nécessité d'une réglementation efficace. Plus précisément, le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, a déclaré en ces termes:

«La distinction entre une infraction criminelle réelle et l'infraction contre le bien-être public est de première importance. Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager.»<sup>200</sup>

Il en résultait donc qu'en vertu de la *common law*, une infraction criminelle par nature exigeait la *mens rea* même si le texte d'incrimination ne prévoyait rien à cet effet. Par contre, le législateur pouvait évidemment prévoir un régime de responsabilité différent, i.e. strict ou absolu. Quant aux infractions de nature réglementaire, elles étaient, selon des critères que nous étudierons plus loin, de responsabilité stricte ou absolue, sauf indication du législateur quant à l'exigence de la *mens rea*.

Quant à la première catégorie d'infractions, elle implique la notion de *mens rea* qui désigne un état d'esprit positif, une intention coupable qui accompagne la perpétration d'un délit criminel (*l'actus reus*). Elle désigne la responsabilité morale requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité. La *mens rea* rend complète la commission de l'infraction lorsque l'intention, l'insouciance ou la connaissance, bref une volonté de nuire, accompagne *l'actus reus*. Il s'agit d'un élément que le poursuivant doit prouver hors de tout doute raisonnable de la même façon que tous les autres éléments constitutifs de l'infraction. La *mens rea* se présente sous plusieurs formes. Le poursuivant peut prouver que l'accusé a agi intentionnellement, ce qui équivaut à la connaissance, par l'accusé, de tous les éléments de l'infraction et des circonstances l'entourant. Comme le rapportait encore tout récemment la Cour suprême:

«Il ne saurait y avoir de doute que, selon la conception classique du droit criminel, c'est l'intention de l'accusé qui rend illégal l'acte répréhensible. C'est cette intention qui rend l'accusé digne d'être blâmé et justifie la peine qui lui est imposée relativement à l'infraction au droit criminel.»<sup>201</sup>

Sauf si le Parlement exige que le poursuivant démontre l'intention de l'accusé, ce dernier peut également prouver la *mens rea* en démontrant un état d'esprit sous-jacent comme l'insouciance ou l'aveuglement volonta-

200. Id, 1309.

201. *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, 156.

re. L'insouciance suppose la prévision du risque qu'entraîne un comportement et l'indifférence de l'accusé à l'égard de ce risque. Cela exige plus que la simple négligence:

«Le concept de l'insouciance comme fondement de la responsabilité criminelle a fait l'objet de nombreux débats. La négligence, c'est-à-dire l'absence de diligence raisonnable, est un concept de droit civil qui, de façon générale, ne s'applique pas pour déterminer la responsabilité criminelle. [...] La négligence s'apprécie selon un critère objectif de la personne raisonnable. [...] Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé en droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque.»<sup>202</sup>

Enfin, l'aveuglement volontaire d'un individu entraîne également sa responsabilité criminelle. La notion, très proche de l'erreur de fait, dénote toutefois un état d'esprit coupable<sup>203</sup>.

L'erreur de fait est la croyance sincère en une situation de faits qui, si elle avait existé, pouvait justifier le comportement de l'accusé. La recevabilité de cette défense d'erreur de fait s'est souvent posée dans des arrêts portant sur l'agression sexuelle<sup>204</sup> où l'absence de consentement de la victime est un élément essentiel à la commission de l'infraction. Plusieurs litiges se résument à déterminer si l'accusé avait ou non une croyance sincère et raisonnable en l'existence du consentement de la victime. Ce moyen de défense doit évidemment être soulevé par l'accusé puisqu'il est souvent le seul à le connaître. Lorsqu'une infraction exige la *mens rea*, la croyance n'a pas à être raisonnable *a priori*; il suffit qu'elle soit sincère. Toutefois, le caractère déraisonnable de l'erreur est susceptible d'influer sur la crédibilité qui doit être accordée au témoignage de l'accusé.

«Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé.»<sup>205</sup>

Ce principe est maintenant énoncé au paragraphe 265(4) du Code. La Cour suprême a récemment confirmé que cet article n'est qu'une codification de la défense de *common law*<sup>206</sup>. Il s'agit d'un facteur qui est très sou-

202. R. c. Sansregret, [1985] 1 R.C.S. 570, 581, 582.

203. Id.

204. L'agression sexuelle a remplacé les infractions de viol et d'attentat à la pudeur.

205. R. c. Papajohn, [1980] 2 R.C.S. 120, 156.

206. R. c. Robertson, [1987] 1 R.C.S. 918; R. c. Osolin, [1993] 4 R.C.S. 595.



vent déterminant et qui, sur le plan pratique, atténue sérieusement la différence entre la responsabilité avec mens rea et la responsabilité avec négligence.

Ce moyen de défense de la croyance sincère mais erronée ne peut être invoqué, en matière d'agression sexuelle, que s'il est appuyé par la preuve et que celle-ci donne à la défense une «apparence de vraisemblance», ce qui ne viole pas la présomption d'innocence garantie par la Charte.<sup>207</sup>

L'aveuglement volontaire dénote plutôt le comportement de l'individu qui, tout en restant volontairement dans l'ignorance, persévère dans son comportement alors que les circonstances ont suscité chez lui un doute quant à la légitimité de son action<sup>208</sup>. L'aveuglement volontaire sera invoqué par le poursuivant chaque fois que la preuve donnera à croire que l'accusé se doutait que son comportement violait la loi mais qu'il a préféré ne pas s'interroger sur cet aspect.

«La culpabilité [...] dans le cas de l'ignorance volontaire [...] se justifie par la faute que commet l'accusé en omettant délibérément de se renseigner lorsqu'il sait qu'il y a des motifs de le faire.»<sup>209</sup>

L'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire sont associés à un état d'esprit positif et *subjectif*, i.e. fondé sur ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé lui-même. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte, le législateur pouvait écarter cette exigence et créer des infractions de nature criminelle tout en prévoyant un régime de responsabilité stricte, voire même absolue.

Les tribunaux canadiens ont donc été amenés à considérer la constitutionnalité de la création d'infractions de nature criminelle comportant la négligence, par opposition à l'intention ou l'insouciance, comme fondement de responsabilité. La Cour suprême a, dans un premier temps, examiné la norme de faute pour les infractions criminelles reliées à la conduite automobile, infractions qui présentent un aspect criminel, n'était-ce que du seul fait de leur inclusion au Code, mais également un réglementaire du fait que la conduite automobile nécessite des autorisations. Dans l'affaire *R. c. Hundal*, il s'agissait de déterminer si l'infraction de conduite dangereuse, prévue au Code *criminel*, exigeait une appréciation objective ou subjective de la conduite en question. Après avoir pris note que le libellé de

207. *R. c. Papajohn*, précité, note 205; *R. c. Sansregret*, précité note 202; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086, 1088; *R. c. Osolin*, id.

208. *R. c. Blondin*, (1970) 2 C.C.C. (2d) 118 (C.A.C.B.).

209. *R. c. Sansregret*, précité, note 202, 584.

l'infraction lui-même semblait demander une appréciation objective de la conduite, la Cour suprême, sous la plume du juge Cory, a déclaré:

«À mon avis, exiger la présence d'un élément moral subjectif pour les infractions en matière de conduite automobile serait nier la réalité. N'oublions pas, je l'ai très souvent dit d'ailleurs, que la conduite d'un véhicule automobile a un caractère automatique et ne comporte que peu de réflexion consciente. Il ne convient tout simplement pas d'appliquer un critère subjectif pour déterminer si un accusé s'est rendu coupable de conduite dangereuse.»<sup>210</sup>

La Cour a précisé que la conduite devait traduire un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait la personne raisonnable dans la situation de l'accusé. Dans son analyse, elle a également tenu compte du fait que la conduite automobile relève d'une activité réglementée puisque seuls les détenteurs de permis sont autorisés à conduire. En dernier lieu, elle a souligné que le grand nombre de victimes d'accidents mortels de la route exige que l'activité soit efficacement contrôlée. Donc, à défaut pour l'accusé de démontrer que des circonstances particulières, telles une défaillance physique ou autres imprévus, ont causé son comportement fautif, il sera déclaré coupable.

Par la suite, la Cour suprême a reconnu que le législateur peut prévoir un régime de responsabilité par négligence pour les infractions de nature criminelle, par opposition à réglementaire. Elle a toutefois exigé un degré de faute sensiblement plus élevé que la faute civile qui suffit en matière réglementaire. La poursuite devra démontrer un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait la personne raisonnable dans la situation de l'accusé<sup>211</sup>. Dès lors, l'état d'esprit *subjectif* de l'accusé n'est plus déterminant mais sa *négligence marquée*, jugée en fonction de la norme *objective* de la personne raisonnable dans des circonstances analogues, constituera la faute. Il s'agit en quelque sorte d'un quatrième régime de responsabilité qu'on en est venu à qualifier de *mens rea* objective même si cette expression est quelque peu antinomique. Il faudra donc examiner le contexte dans lequel s'inscrit chaque infraction pour déterminer le régime approprié<sup>212</sup>.

Bien que la Cour ne l'ait pas mentionné, on peut croire que l'accusé n'a pas, comme en matière réglementaire, le fardeau de faire une preuve prépondérante de son erreur ou de sa diligence qui ne constitue pas un écart marqué avec l'approche de la personne raisonnable. Il suffirait, selon la

210. R. c. *Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

211. *Id.*, 888; R. c. *Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, 59.

212. R. c. *Finta*, précité, note 128.

norme généralement applicable en droit pénal, qu'un doute raisonnable existe. Cela nous apparait d'autant plus probable que dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group*<sup>213</sup>, c'est par une étroite majorité de 5-4 que la Cour supreme a décidé que même si l'obligation de l'accusé, en matière réglementaire, de faire une preuve prépondérante de sa diligence raisonnable viole la présomption d'innocence prévue à l'alinéa 11d), cette restriction est justifiée par l'article premier en matière réglementaire. Les membres de la majorité ont longuement insisté sur la grande différence entre les contextes réglementaire et criminel,

*B. In Italia: il dolo come coscienza e volontà del fatto tipico e il problema della consapevolezza dell'offesa.*

Nel sistema italiano, il dolo rappresenta il criterio generale di imputazione soggettiva del reato e la forma più grave di colpevolezza.

La sua definizione normativa si ricava dall'art. 43 c.p., ai sensi del quale "il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione".

Come si può agevolmente desumere da tale definizione, gli elementi costitutivi del dolo sono sostanzialmente due, e cioè la *coscienza* (o rappresentazione) e la *volontà* del fatto materiale tipico.

Alcuni elementi della fattispecie di reato devono essere voluti; altri elementi possono essere oggetto di sola conoscenza.

Per owie ragioni, devono essere necessariamente "coperti" dalla coscienza e volontà dell'autore dell'illecito sia la condotta penalmente rilevante da lui posta in essere, sia l'evento lesivo che da essa consegue.

Più complessa appare invece l'elencazione degli elementi che possono (o devono) essere semplicemente conosciuti dall'autore del reato, ma non possono evidentemente costituire oggetto di volizione.

Tra questi, vanno in primo luogo segnalati gli elementi naturalistici preesistenti concomitanti alla condotta come i presupposti del reato<sup>214</sup> o le caratteristiche del soggetto passivo.

Allo stesso modo, ove la fattispecie incriminatrice risulti costruita su elementi valutativi (si pensi al concetto di "altruità" della cosa nel reato di furto<sup>215</sup>), il soggetto attivo dell'illecito, per rispondere del fatto a titolo di

---

213. *R. c. Wholesale Travel Group*, [1991] 3 R.C.S. 154.

214. Per esempio, nell'ambito della fattispecie di omissione di soccorso (art. 593 c.p.), costituisce un presupposto del reato l'essersi imbattuto in una persona inanimata, ferita, in pericolo o comunque incapace di provvedere a se stessa.

215. L'art. 624 c.p. punisce "chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri".

dolo, dovrà certamente avere coscienza della loro esistenza e del loro significato (quantomeno in base al senso comune), ma non potrà influire sulla loro configurabilità.

Oggetto di conoscenza, secondo la più recente dottrina<sup>216</sup>, devono anche essere le qualifiche soggettive dell'autore richieste dal legislatore nell'ambito dei c.d. reati propri<sup>217</sup>, quantomeno in quei casi in cui esse incidano direttamente sul disvalore del fatto. Si noti peraltro che, per "conoscenza delle qualifiche" non si intende fare riferimento ad una pretesa esatta rappresentazione di esse da parte dell'agente sotto il profilo giuridico, ma si vuole invece sottolineare l'esigenza che il soggetto attivo si renda conto dei c.d. "substrati di fatto"<sup>218</sup> sottesi a tali qualifiche, e dunque delle potenzialità offensive ad esse legate.

Si prenda ad esempio la normativa introdotta dalla legge 10/5/1976, n. 319 (e successive modificazioni) per sanzionare l'inquinamento delle acque: come sottolineato dalla Cassazione<sup>219</sup>, tale normativa pone la responsabilità a carico di chi "effettua lo scarico", intendendo coinvolgere tutti i soggetti che hanno poteri di rappresentanza e gestione dell'insediamento produttivo"; sicché, ai fini della configurabilità del dolo - e dunque dell'accertamento della responsabilità penale - dovranno ritenersi responsabili tutti coloro che abbiano piena consapevolezza dei propri poteri di gestione e, conseguentemente, del potere di adottare le misure idonee a prevenire l'inquinamento idrico.

L'elemento "conoscitivo" deve generalmente ritenersi sussistente anche nei casi in cui l'agente versi in uno stato di dubbio circa l'esistenza di uno o più elementi della fattispecie di reato. La sufficienza del "dubbio" ad integrare gli estremi del dolo deve invece essere esclusa solo laddove la fattispecie criminosa risulti strutturata su elementi tali da richiedere una esatta rappresentazione dell'agente circa la loro sussistenza: si consideri a tal proposito il reato di calunnia (art. 368 c.p.), il quale può ritenersi integrato solo nel caso in cui il soggetto attivo non abbia incertezze sull'innocenza della persona da lui incolpata<sup>220</sup>.

Ma il vero *punctum dolens* nella trattazione dell'oggetto del dolo è da sempre rappresentato dalla questione concernente la discussa eventualità di richiedere, ai fini della configurabilità di tale elemento soggettivo, la

---

216. FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., p. 269.

217. Tali sono i reati che possono essere commessi solo da soggetti in possesso di speciali qualifiche, siano esse di tipo giuridico (si pensi ad esempio alla qualifica di "pubblico ufficiale") ovvero naturalistico (si consideri in proposito lo "stato di gravidanza").

218. FIANDACA-MUSCO, *ivi*.

219. Cass. 8/2/1991, in *Riv.pen.* 1992, p. 1094.

220. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *ivi*; *contra* ANTOLISEI, Manuale di diritto penale. Parte speciale, Milano 1982, p. 884.

consapevolezza dell'illiceità della propria condotta o, quantomeno, della sua offensività.

Sul punto, mentre una parte della dottrina - nell'ambito di una ricostruzione del reato in chiave costituzionale - ha cercato di enfatizzare quanto più possibile l'appartenenza psicologica del fatto al suo autore richiedendo di volta in volta la coscienza dell'illiceità della condotta, ovvero della sua antisocialità o comunque della sua dimensione lesiva<sup>221</sup>, la giurisprudenza viceversa - tranne poche eccezioni<sup>222</sup> - ha in larga parte mostrato un atteggiamento ostile nei confronti di tali conclusioni, rawisando un ostacolo pressoché insormontabile nell'art. 5 c.p. secondo cui "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale".

Del tutto emblematiche a tale proposito appaiono le considerazioni espresse a più riprese dalla Cassazione in una serie di pronunce di cui riportiamo i passaggi più significativi: "Per la sussistenza del dolo non si esige la coscienza dell'antigiuridicità... del fatto, essendo solo necessario che l'agente abbia coscienza dell'azione che compie e tale azione compia con volontà libera; diversamente, si porrebbe ad attribuire rilevanza anche all'ignoranza della legge penale, in contrasto con l'art. 5 c.p."<sup>223</sup>. E ancora: "Non occorre che l'agente abbia anche la coscienza dell'illiceità del fatto, la consapevolezza di compiere una azione contraria alla legge penale, sia nel senso di consapevolezza dell'illegittimità o antidoverosità dell'azione, o di conoscenza che la propria condotta è in contrasto con i fini della comunità organizzata"<sup>224</sup>. E infine: "La concezione che il dolo risieda, oltre che nel nesso psicologico tra azione ed evento, nella coscienza dell'antidoverosità e dunque nella conoscenza dell'agente di ledere gli interessi protetti, non è accolta dal vigente codice penale, come si evince dal principio della inescusabilità della legge penale ed in particolare, dalla norma consacrata dall'art. 47 dello stesso codice penale, secondo la quale, prevedendosi l'errore sul fatto che costituisce reato, si esclude ogni rilevanza dell'errore sul significato lesivo del fatto stesso"<sup>225</sup>.

La soprawenienza nel 1988 di una importantissima sentenza della

221. Sul punto, cfr. in particolare GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano 1953, p. 176; BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano 1960, p. 94; NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, 1965, p. 372.

222. Deve infatti ritenersi minoritario l'orientamento giurisprudenziale (quantomeno della Cassazione) volto a riconoscere la necessità che tra gli elementi del dolo occorra inserire la coscienza dell'offesa. A titolo esemplificativo possiamo ricordare Cass. 9/2/1976, in *Cass.pen.mass.ann.* 1977, p. 310; Cass. 24/9/1976, ivi, p. 580; Cass. 28/5/1980, ivi 1981, p. 1541.

223. Cass. 4/5/1964, in *Foro it.*, 1965, II, p. 95.

224. Cass. 2/2/1960, in *Giust.pen.*, II, p. 713, m. 727.

225. Cass. 17/12/1979, n. 4779, inedita. In senso sostanzialmente conforme cfr. per esempio Cass. 12/4/1980, in *Cass.pen.*, 1981, p. 1539; Cass. 3/2/1983, in *Cass.pen.* 1984, p. 520; Cass. 11/7/1985, in *Cass.pen.*, 1986, p. 47.

Corte costituzionale con la quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 5 c.p., "nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile"<sup>226</sup> ha solo in parte mutato i termini della questione. Infatti, nella pronuncia citata (di cui ci occuperemo diffusamente nel § 3.1.1.1. B.), la Corte costituzionale non è pervenuta ad alcuna diretta conclusione circa il rapporto tra l'accertamento del dolo e la coscienza dell'illiceità o dell'offesa, ma ha affrontato il tema dei requisiti soggettivi minimi di imputazione in una diversa prospettiva.

Più precisamente, la Corte ha proposto, accanto al tradizionale concetto di colpevolezza come espressione di sintesi del dolo e della colpa, un diverso ed ulteriore concetto di colpevolezza concretantesi nella relazione tra il soggetto e la norma<sup>227</sup>; ed è appunto con riferimento a tale ultima accezione che essa ha indicato i fattori in presenza dei quali non è possibile rimproverare all'agente la realizzazione del fatto penalmente rilevante e si deve dunque respingere la configurazione della responsabilità penale.

Da ultimo, a conclusione di questi brevi cenni sull'elemento soggettivo del dolo, sembra opportuno elencare brevemente le forme più rilevanti in cui esso può presentarsi:

a) dolo generico: è la forma basilare e più semplice di dolo. Esso si esaurisce nella coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi della fattispecie;

b) dolo specifico: sussiste quando il soggetto si attiva in vista di un fine ulteriore che sta oltre il fatto materiale tipico e il cui soddisfacimento non è necessario ai fini della configurabilità della fattispecie (esempio: sequestro di persona a scopo di estorsione, punito dall'art. 630 c.p.);

c) dolo intenzionale: è la forma più grave di dolo. Esso consiste nell'attivarsi prendendo di mira proprio la realizzazione della condotta illecita ovvero dell'evento lesivo;

d) dolo diretto: si configura quando l'agente "si rappresenta con certezza gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, e si rende conto che la sua condotta sicuramente la integrerà"<sup>228</sup>;

e) dolo eventuale: trattasi di una figura dai contorni assai discussi, i cui tratti essenziali possono essere riassuntivamente identificati nell'aver accettato il rischio di verificazione di un certo evento offensivo, previsto come probabile, ancorché non preso di mira.

---

226. Corte cost. sent. 24/3/1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1504.

227. Sul punto, cfr. ad esempio FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur.it.* 1989, IV, p. 3.

228. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 270.

## 1.1.2. La negligenza.

## A. In Canada: la responsabilité stricte.

Comme nous l'avons vu, la Cour supreme dans l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*<sup>229</sup> a établi, dans un premier temps, une distinction entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires puis, dans un deuxième temps, entre les infractions réglementaires de responsabilité stricte, i.e. pour simple négligence et de responsabilité absolue, i.e. sans faute. Bien que la responsabilité stricte constituât une alternative intéressante à l'exigence de la *mens rea*, la responsabilité absolue répondait cependant à un besoin, soit celui de maintenir un régime moins onéreux pour la poursuite en la déchargeant de tout fardeau de preuve en matière de responsabilité. La Cour a plutôt retenu comme solution de principe, dans le cas des infractions réglementaires, l'adoption d'un régime de responsabilité stricte modifié. Le juge Dickson a indiqué ce qui suit:

«À mon avis, l'approche correcte serait de relever le ministère public de la charge de prouver la *mens rea*, compte tenu de l'arrêt *Pierce Fisheries* et de l'impossibilité virtuelle dans la plupart des cas d'infractions réglementaires de prouver l'intention coupable. Normalement, seul l'accusé sait ce qu'il a fait pour empêcher l'infraction et l'on peut à bon droit s'attendre à ce qu'il rapporte la preuve de la diligence raisonnable.»<sup>230</sup>

Ce régime, qu'on pourrait qualifier de droit *commun* en matière d'infractions réglementaires, impose donc à la poursuite le fardeau de faire une preuve hors de tout doute raisonnable de l'*actus reus* mais rejette sur l'accusé l'obligation d'apporter une preuve prépondérante du caractère raisonnable de sa conduite. Dans l'arrêt *R. c. Creighton*<sup>231</sup>, la Cour supreme a indiqué que cela implique qu'on ne tiendra pas compte, pour évaluer la raisonnable de la conduite, des caractéristiques personnelles de l'accusé, telles son inexpérience, son faible degré d'instruction, son tempérament, sa constitution psychologique particulière, son caractère excitable ou querelleur ou son âge. Le juge McLachlin a déclaré que cette règle ne comporte qu'une seule exception; elle vise le facteur qui entraîne l'incapacité de la personne de prendre les précautions requises encore que peut constituer une faute le fait de poser un acte alors qu'on devrait se savoir incapable de le poser. La Cour a justifié la règle dans les termes suivants:

---

229. Précité, note 198.

230. *Id.*, 1325.

231. Précité, note 211, 65-70.

«[q]ue les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l'infraction ne servent d'excuses que si elles établissent l'incapacité, que ce soit l'incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le contexte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale. C'est tout ce qu'exige le principe suivant lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction.»<sup>232</sup>

Ainsi, on pourra tenir compte de la cécité d'une personne pour déterminer qu'elle n'a pu raisonnablement percevoir un risque extérieur à son environnement mais ce handicap pourra exiger qu'elle prenne des précautions particulières dans certains cas.

Lorsqu'une infraction est de responsabilité stricte, il en découle également que l'employeur est responsable de la conduite de son employé sauf s'il a pris des mesures raisonnables pour en prévenir la commission<sup>233</sup>.

Dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group*<sup>234</sup>, la Cour suprême a jugé que ce régime de responsabilité stricte ne viole pas la Charte des droits et libertés dans le cas d'une infraction de nature réglementaire.

Il en résulte qu'une infraction ne sera classée parmi celles de responsabilité absolue qu'en présence d'un texte clair à cet effet, comme l'a exigé la Cour dans l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*:

«Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie [responsabilité absolue].»<sup>235</sup>

Cette exigence d'une indication claire a constamment été suivie par les tribunaux canadiens et de nouveau répétée par la Cour suprême à plusieurs

232. *Id.*, 65-66.

233. *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, précité, note 198, 1322.

234. Précité, note 213.

235. Précité, note 198, 1326. Tel était le cas de l'infraction examinée dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486, où le législateur avait précisé qu'un régime de responsabilité absolue s'appliquait.



reprises<sup>236</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Chapin*<sup>237</sup>, une infraction aux règlements relatifs à la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*<sup>238</sup> était en cause. L'infraction consistait à chasser l'oiseau migrateur alors qu'un appât se trouve dans un rayon de 400 mètres. La Cour a statué que l'infraction n'était pas de responsabilité absolue et elle a passé en revue les critères élaborés dans l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*. Elle a d'abord constaté que la chasse aux oiseaux migrateurs n'était pas strictement interdite, mais plutôt réglementée<sup>239</sup>. Ensuite, l'infraction prévoyait la possibilité d'une peine d'incarcération et une confiscation des permis et des armes, ce que la Cour a considéré grave<sup>240</sup>. Enfin, le poursuivant avançait qu'un régime de responsabilité stricte, où la défense de diligence raisonnable serait ouverte à l'accusé, réduirait l'efficacité de la législation. La Cour a préféré conclure à l'application du régime plus exigeant afin que le chasseur innocent ne soit pas puni. Elle a souligné que:

«... les problèmes que peut soulever l'administration d'une loi ou d'un règlement sont un guide très incertain pour son interprétation correcte. La difficulté d'application ne suffit nettement pas pour exclure l'infraction de la catégorie de la responsabilité stricte, compte tenu notamment des peines que peut entraîner la condamnation.»<sup>241</sup>

Lorsqu'une personne est inculpée d'une infraction de responsabilité stricte, il appartient au juge des faits, et donc au jury le cas échéant, de décider si dans les circonstances, la conduite reprochée est ou non conforme aux standards de la personne raisonnable. Cette question est donc une question de fait et non de droit. Il en résulte que si la décision est rendue par le jury, elle n'est pas motivée. Par ailleurs, si l'infraction reprochée était un acte criminel, sur le plan procédural et non du point de vue de la classification des régimes de responsabilité, et que l'accusé est acquitté, l'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* limite le droit d'appel de la poursuite aux questions de droit de sorte que cette dernière ne peut se pourvoir à l'encontre de la conclusion de raisonnabilité de la conduite. Si l'inculpé est déclaré coupable, le sous-alinéa 675(1)a)ii) lui permet l'appel sur ce point mais l'attitude générale des cours d'appel, dans le cas de pourvois qui portent sur des questions de fait, est de n'intervenir que dans la mesure où la déci-

---

236. *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S.944; *R. c. Canadian Dredge and Dock Co.*, [1985] 1 R.C.S.662, 673-674; *R. c. McDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Chapin*, [1979] 2 R.C.S. 121.

237. *Id.*

238. L.R.C. (1985), c. M-7.

239. *R. c. Chapin*, précité, note 236, 131.

240. *Id.*, 131-132.

241. *Id.*, 132.

sion de première instance est manifestement erronée<sup>242</sup>. Enfin, lorsque la Cour supreme entend un appel, le pourvoi ne peut porter que sur une question de droit<sup>243</sup>.

Il en résulte donc, sur le plan pratique, que la question de savoir si une conduite est raisonnable ou négligente est toujours un cas d'espèce, qui se règle ponctuellement. Cela ne donne donc pas lieu à des débats jurisprudentiels et doctrinaux.

### B. In Italia: la colpa.

Nel sistema italiano, la colpa rappresenta una ipotesi di responsabilità dai tratti assai problematici; e proprio in ragione del suo non agevole inquadramento, essa da lungo tempo è oggetto di studio da parte della dottrina. Nell'impossibilità di fornire un quadro esaustivo degli innumerevoli contributi interpretativi (molti dei quali a livello monografico), nonché delle soluzioni applicative susseguitesi nel tempo, ci si limiterà ad enunciare i punti essenziali di tale dibattito, illustrando in particolare quali siano gli elementi costitutivi di questa speciale ipotesi di responsabilità penale.

Iniziando la trattazione partendo dalle scelte normative, va subito segnalato che il legislatore del '30 ha delineato la colpa non come criterio "ordinario" e generale di imputazione del reato, bensì come ipotesi "eccezionale" di colpevolezza.

Ciò vale in particolare per i delitti, in relazione ai quali, ai sensi dell'art. 42, comma 2 c.p., la responsabilità a titolo colposo può essere configurata solo quando i fatti concretamente realizzati siano previsti dalla legge anche nella forma colposa; viceversa, per quanto attiene ai reati contravvenzionali, l'art. 42, comma 4 c.p. dispone testualmente che "ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

Si noti peraltro che, secondo quanto affermato dalla Suprema Corte<sup>244</sup>, la previsione di un reato nella forma colposa non richiede necessariamente formulazioni esplicite o sacramentali, bensì potrebbe desumersi anche implicitamente dal contesto della disposizione legislativa. In particolare, la Cassazione ha affermato che "è perfettamente lecita secondo i principi generali dell'interpretazione, una previsione implicita dell'ipotesi

242. R. c. W. (R.), [1992] 2 R.C.S. 122.

243. Art. 691-692 du Code criminel et 40 de la Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), c. S-26.

244. Cfr. per esempio Cass. 13/11/1964, in *Cass.pen.*, 1965, p. 423; Cass. 27/10/1967, in *Giust.pen.* 1968, II, p. 396.

colposa..., essendo consentito inferire la esistenza di una previsione espressa di reato colposo non solo dalle locuzioni esplicite usate nel testo di legge, ma anche dal senso logico che dalla norma promana"<sup>245</sup>.

La definizione formale della colpa la si desume principalmente, ma non solo, dall'art. 43 c.p. ai sensi del quale "il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, o vero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline".

Un ulteriore contributo all'esatta definizione della colpa deve poi essere ravvisato, secondo la più recente ed autorevole dottrina, negli artt. 47, 55, 59 c.p., che disciplinano rispettivamente l'errore sul fatto che costituisce il reato<sup>246</sup>, l'eccesso colposo nelle cause di giustificazione<sup>247</sup> e l'errore sulle circostanze di esclusione della pena<sup>248</sup>. Tali ipotesi, che secondo la ricostruzione proposta dalla giurisprudenza meno recente<sup>249</sup> andrebbero qualificate come casi di "colpa impropria" giacché puniscono a titolo di colpa fatti in cui l'evento lesivo è voluto, in base ad altra e più recente prospettiva sarebbero viceversa riconducibili alla nozione unitaria di colpa, e integrerebbero pertanto l'incompleta definizione di cui all'art. 43 c.p.

Secondo tale ultimo orientamento<sup>250</sup>, la colpa rappresenta infatti una forma di colpevolezza simmetrica ed esattamente contraria a quella dolosa; più precisamente, come è stato scritto, "la colpa è configurabile non solo quando non è voluto l'evento (art. 43 c.p.), ma anche quando il soggetto, pur avendo voluto l'evento, non si sia rappresentato un qualsiasi altro elemento positivo o negativo" necessario per la sussistenza del dolo<sup>251</sup>.

Quanto sinora affermato, ci consente di identificare gli elementi costitutivi della colpa nel modo seguente:

245. Cass. 27/10/1967, cit, p. 397.

246. Art. 47, comma 1 c.p.: "L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

247. Art. 55 c.p.: "Quando, nel commettere alcuni dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

248. Art. 59, comma 4 c.p.: "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

249. Cfr. per esempio Cass. 7/2/1969, in *Giust. pen.*, 1970, II, p. 184; Cass. 26/2/1971, in *Cass. pen.*, 1972, p. 835.

250. Sostenuto in particolare da MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 339.

251. MANTOVANI, *ivi*.

- mancanza di volontà del fatto, nel senso appena precisato;
- violazione di regole di condotta scritte o non scritte;
- possibilità di pretendere dall'autore del fatto lesivo il rispetto delle suddette norme cautelari.

La *mancanza di volontà del fatto* – da intendersi in una prospettiva allargata, così come precisato poc'anzi – è dunque il primo requisito necessario per la sussistenza della colpa: più precisamente, la speciale forma di colpevolezza di cui ci stiamo occupando consiste nell'aver realizzato un fatto lesivo che, pur non essendo oggetto dell'intenzionale volontà dell'agente, poteva essere evitato con uno sforzo della volontà.

Come può desumersi chiaramente dagli artt. 43 e 61, n. 3 c.p., l'evento lesivo concretamente verificatosi e non voluto, può risultare del tutto imprevisto (e in questo caso si parla di "colpa incosciente"), ma può anche essere oggetto di previsione da parte dell'agente (e in tale ipotesi si parla di "colpa cosciente"). Tale ultima situazione, pur essendo contemplata dal legislatore, pone naturalmente delicati problemi di accertamento della responsabilità, soprattutto per quanto attiene alla linea di demarcazione con quella ben diversa ipotesi di colpevolezza costituita dal dolo eventuale<sup>252</sup>.

Il secondo requisito della colpa consiste, come si è detto, nella *inosservanza di regole di condotta* la cui fonte può essere di tipo sociale (regole di "prudenza, diligenza o perizia", la violazione delle quali determina la c.d. colpa generica) ovvero di tipo giuridico (norme formalizzate in "leggi, regolamenti, ordini o discipline", il cui mancato rispetto configura la c.d. colpa specifica).

Per quanto riguarda l'identificazione delle suddette regole cautelari, dottrina e giurisprudenza suggeriscono da tempo il ricorso ai criteri della "prevedibilità ed evitabilità" dell'evento. Ciò in sostanza significa che tali regole di condotta – se rispettate – consentono di evitare la realizzazione di eventi lesivi; viceversa, nel caso contrario di una loro inosservanza, diviene prevedibile la verifica di tali eventi.

La natura delle regole cautelari non ha carattere omogeneo: vi sono infatti norme "rigide" (che cioè indicano in termini netti la condotta da adottare), la cui inosservanza determina automaticamente il sorgere di una responsabilità colposa in caso di verifica dell'evento offensivo (si pensi ad esempio all'omessa attribuzione di cinture di sicurezza al lavoratore che presti la propria opera ad altezze pericolose e sia dunque soggetto al rischio di cadute, precauzione imposta dall'art. 386 del D.P.R. 27/4/1955, n. 547). In altri casi, la regola cautelare ha carattere elastico, ed impone di tenere comportamenti che devono essere specificati alla luce delle circostanze concrete (si consideri, ad esempio, quanto disposto dal-

---

252. Cfr. retro, § 1.1.1.B.

l'art. 149 del D. lg. 30/4/1992, n. 285, il quale, in tema di circolazione stradale, impone ai conducenti dei veicoli di tenersi ad una "distanza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo").

Anche il contenuto delle regole di condotta ha naturalmente carattere eterogeneo: in alcuni casi, si può concretare nell'obbligo di astenersi dall'adottare determinati comportamenti, in altri casi si può tradurre nell'obbligo di attivarsi solo dopo avere predisposto le dovute precauzioni, in altri casi ancora si può ravvisare nell'obbligo di controllare l'operato di soggetti tenuti per ragioni di subordinazione a rispettare le istruzioni loro impartite.

Sempre per quanto attiene al contenuto di tali regole, va infine precisato che esse possono essere "esaustive" ovvero, per così dire, "incomplete": più precisamente, vi sono regole di condotta che riassumono tutte le cautele adottabili in certe particolari circostanze, sicché averle rispettate esclude il sorgere di una responsabilità colposa laddove un evento dannoso si sia comunque verificato; ed esistono per converso altre norme cautelari che non presentando tale carattere di completezza, impongono di rispettare anche le comuni regole prudenziali al fine di scongiurare l'eventuale configurabilità di una colpa generica.

Venendo ora al terzo requisito della colpa, costituito come si è detto dalla possibilità di pretendere dall'autore del fatto lesivo il rispetto delle regole cautelari, va subito precisato che la necessità di effettuare tale valutazione deriva dall'esigenza di distinguere le ipotesi di responsabilità colposa (e dunque rientranti nella colpevolezza) da quelle ben diverse di responsabilità oggettiva, fondate sulla mera violazione delle suddette regole di condotta.

Per quanto poi riguarda i parametri cui ispirarsi per verificare la sussistenza di tale requisito, la dottrina si richiama di frequente a quello del c.d. "agente-modello" (homo *eiusdem* professionis et condicionis). Con tale richiamo, si vuole sostanzialmente affermare che la possibilità di pretendere dall'autore del fatto lesivo l'osservanza di quelle regole di condotta che questi viceversa risulta avere violato deve essere valutata assumendo come riferimento un modello ideale di agente che svolga la sua stessa attività: per esempio, in tema di infortunistica stradale, occorrerà richiamarsi all'automobilista-modello, esperto ed accorto.

Tale parametro di riferimento viene ritenuto applicabile sia alle ipotesi di responsabilità colposa c.d. generica, sia a quelle rientranti nella c.d. colpa specifica.

Un ultimo argomento al quale sembra opportuno riservare alcuni brevi cenni data la sempre crescente attenzione ad esso dedicata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è costituito dalla c.d. responsabilità colposa professionale.

Con tale locuzione ci si riferisce in sostanza a quelle attività il cui espletamento comporta un elevato rischio di conseguenze infauste e che risultano tuttavia giuridicamente autorizzate perché socialmente utili. In

tali casi, come appare agevolmente intuibile, l'accertamento della colpa non può fondarsi sulla semplice applicazione dei comuni criteri della "prevedibilità ed evitabilità dell'evento", ma deve invece basarsi sulla comprovata inosservanza di discipline specifiche di settore che stabiliscano i limiti del c.d. "rischio consentito". Ciò in altri termini significa che la colpa, nelle ipotesi prese in esame, potrà essere configurata non quando l'evento dannoso sia semplicemente prevedibile, ma solo laddove si sia verificata una violazione di quelle regole tecniche che definiscono la soglia di rischio considerata ammissibile dall'ordinamento.

Una delle attività più frequentemente interessate dalle problematiche di cui si è fatto cenno è costituita per esempio dall'esercizio della professione medica, sovente esposta al rischio di insuccessi.

In tali ipotesi, peraltro, una ulteriore questione che si è posta all'attenzione degli operatori è rappresentata dalla discussa applicabilità al settore penale di una norma del codice civile afferente alla materia del risarcimento del danno (art. 2236), ai sensi della quale "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave".

Per molto tempo infatti, tale disposizione fortemente limitativa della responsabilità, è stata ritenuta applicabile anche nell'ambito dell'ordinamento penale e ha costituito il perno di un consolidato orientamento della magistratura volto ad escludere la penale responsabilità del sanitario laddove non fosse configurabile quantomeno la colpa grave<sup>253</sup>. Viceversa, con il passare del tempo, sono emerse nuove tendenze applicative molto meno inclini ad una valutazione "comprensiva" ed indulgenziale dell'attività medico-chirurgica.

Si è così affermato dapprima, che la speciale limitazione di cui all'art. 2236 c.c. poteva trovare applicazione solo con riferimento a quella particolare ipotesi di colpa consistente nell'imperizia<sup>254</sup>; quindi si è svincolato del tutto l'accertamento della responsabilità colposa dai criteri restrittivi di derivazione civilistica<sup>254</sup>.

Espressione di tale rinnovato atteggiamento rigoristico della magistratura in tema di colpa professionale devono infine essere considerate anche quelle recenti pronunce che hanno ritenuto sussistente il nesso di causalità tra la colposa omissione del medico e la morte del paziente anche solo in

---

253. Soltanto a titolo esemplificativo, cfr. Cass. 6/3/1967, in *Riv.pen.*, 1968, II, p. 1253; ID., 4/2/1972, in *Arch.pen.*, 1974, II, p. 463; ID. 15/2/1978, in *Riv.pen.*, 1978, p. 732.

254. Cfr. ad esempio: Cass. 11/1/1978, in *Riv.pen.*, 1978, p. 767; ID. 9/6/1981, in *Foro it.*, 1982, II, p. 268; ID., 24/6/1983, in *Cass.pen.*, 1984, p. 307. Cfr. anche Corte cost. sent. 28/11/1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, p. 19.

255. Nel senso indicato, cfr.: Cass., 24/1/1984, in *Giust.pen.*, 1985, II, p. 224; ID., 8/11/1988, in *Cass.pen.*, 1990, p. 246.

presenza di una semplice "probabilità" di sopravvivenza di quest'ultimo in caso di tempestivo intervento del sanitario<sup>256</sup>.

1.1.3. *La responsabilità senza colpevolezza.*

A. *In Canada: la responsabilité absolue.*

Dans l'arrêt R. c. *Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, la Cour supreme a expliqué que la responsabilité absolue entraîne la culpabilité de l'auteur suite à la preuve de l'*actus reus* de l'infraction, sans égard à sa culpabilité morale. Il en est de même dans le cas de l'employeur à l'égard de la faute de son employé. Avant cette décision, la *common law* reconnaissait ce concept de responsabilité pour des questions de commodité et d'hygiène publique<sup>257</sup>. Or, les infractions contre le bien-être public ou autres de nature réglementaire supposent que la protection des intérêts sociaux passent avant les intérêts individuels et, partant, que la preuve de l'infraction soit moins onéreuse pour la poursuite afin que les personnes qui s'engagent dans certaines activités respectent des normes élevées de diligence et de prudence.

Par contre, la rigidité de la responsabilité absolue, qui entraîne la culpabilité de personnes moralement innocentes, a toujours répugné au droit criminel:

«[L]e droit pénal a horreur des infractions de responsabilité absolue. (...) Le droit pénal est fondé sur la notion de faute personnelle, et le tribunal qui est appelé à interpréter des dispositions de droit pénal, surtout celles qui peuvent emporter des conséquences pénales graves, veille avec vigilance au respect de cette notion.»<sup>258</sup>

La Cour supreme a donc consacré, en matière réglementaire, le régime de responsabilité stricte que nous avons examiné plus haut, réservant la responsabilité absolue aux cas où le législateur l'a clairement exigée<sup>259</sup>. La *common law* exige donc *a priori* la responsabilité stricte. Par ailleurs, comme nous le verrons plus loin, l'adoption de la Charte a entraîné une reconnaissance constitutionnelle du principe dans les cas où l'accusé est sujet à une peine privative de liberté, ce qui empêche le législateur d'imposer la responsabilité absolue dans ces cas<sup>260</sup>.

---

256. Cfr. ad esempio Cass. 12/7/1991, in Foro it., 1992, II, p. 363; Pretura Genova, 13/11/1991, *ivi*, p. 586.

257. Précité, note 198.

258. R. c. *DeSousa*, précité, note 236, 957.

259. R. c. *Chapin*, précité, note 236.

260. Renvoi sur *la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 235.

*B. In Italia: la responsabilità obiettiva.*

Come si è avuto modo di vedere nei paragrafi precedenti, di regola nel sistema italiano i singoli soggetti possono essere puniti per un fatto considerato dalla legge come reato solo se il fatto in questione sia stato da essi realizzato volontariamente (dolo) o vero sia stato da essi causato per negligenza, imprudenza o imperizia (colpa).

Tuttavia l'art. 42 c. p., dopo aver appunto affermato al comma 2 che per i delitti è richiesto l'elemento psicologico del dolo (o della colpa), al comma 3 recita: "La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione".

Secondo la dottrina assolutamente prevalente, tale norma sembra alludere alla possibilità per il legislatore di prevedere ipotesi di responsabilità penale senza colpevolezza, comunemente dette di responsabilità oggettiva. In tali ipotesi, quindi, per il sussistere della responsabilità penale sarebbe sufficiente che il fatto sia ascrivibile all'autore sulla sola base del rapporto di causa-effetto, indipendentemente da quel giudizio di "rimproverabilità morale" inscindibilmente connesso alla sussistenza della "volontà colpevole".

In base all'art. 42, comma 1°, c.p., la responsabilità penale oggettiva richiede, oltre al nesso di causalità tra la condotta soggettiva e l'evento<sup>261</sup>, soltanto un altro elemento: la "attribuibilità psichica" della condotta al soggetto. Attribuibilità psichica che, secondo la concezione assolutamente prevalente, risulta esclusa solo in relazione ai comportamenti pienamente incoscienti<sup>262</sup> e ai comportamenti determinati da forza maggiore<sup>263</sup> o da costringimento fisico<sup>264</sup>.

Se dunque dal combinato dei commi 1 e 3 dell'art. 42 c. p. emerge l'astratta ammissibilità di punire penalmente fatti non colpevoli, resta il fatto che, già all'epoca della sua promulgazione (1930) il codice penale prevedeva non molti casi di responsabilità oggettiva<sup>265</sup>. Tali casi si sono poi ul-

---

261. In merito all'evento e alle sue diverse concezioni cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto* penale, cit., p. 170 ss., e bibliografia ivi riportata

262. In quanto dovuti, per esempio, ad un improvviso malore, o vero ad un delirio febbrile non prevedibile ed impedibile

263. In base all'art. 45 c.p., infatti, "Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore".

264. In base all'art. 46 c.p., "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica, alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi. In tal caso, del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza".

265. Va peraltro ricordato che nel primo periodo di vigenza del codice penale, grazie a una interpretazione capziosa dell'art. 42 comma 4 c. p., si affermò e divenne prevalente la tesi in base alla quale tutte le contravvenzioni venivano assoggetta-



teriormente ridotti nel corso degli anni sia per l'intervento del legislatore sia per l'opera della stessa giurisprudenza ed in particolare di quella della Corte costituzionale, che si è sforzata di interpretare in chiave di colpevolezza talune norme a carattere marcatamente "oggettivo".

Per quanto concerne gli interventi legislativi, un esempio recente è offerto dalla l. 7 febbraio 1990, n. 19, la quale ha modificato il criterio di imputazione delle circostanze aggravanti, cioè di quegli elementi accessori del reato, espressamente previsti dal legislatore, incidenti sulla gravità del reato stesso e comportanti un aumento della pena<sup>266</sup>. Infatti, in base al te-

---

te ad un regime mascherato di responsabilità oggettiva. Secondo tale tesi, oggi definitivamente superata, la responsabilità per tali reati prescindeva dall'accertamento del dolo o della colpa, ritenendosi sufficiente la mera attribuibilità psichica della condotta. In argomento cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 304 e bibliografia ivi riportata.

266. Le circostanze aggravanti comuni, tendenzialmente applicabili in relazione ad ogni reato e comportanti ciascuna un aumento fino ad un terzo della pena, sono previste dall'art. 61 c. p. In base a tale norma, "Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti:

1. l'aver agito per motivi abietti o futili;
2. l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato;
3. l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento;
4. l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone;
5. l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;
6. l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato;
7. l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità;
8. l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso;
9. l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto;
10. l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio;
11. l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazione di opera, di coabitazione, o di ospitalità",

Nel sistema penale italiano esistono poi moltissime altre circostanze aggravanti, dette speciali in quanto specificamente previste in relazione a singoli reati o gruppi di reati, comportanti anch'esse l'aumento della pena nella misura di un ter-

sto originario dell'art. 59 c. p., le circostanze aggravanti – al pari di quelle attenuanti – erano imputate obiettivamente, e dunque applicate anche se l'autore del reato ne ignorava incolpevolmente l'esistenza. Per contro il nuovo testo dell'art. 59 c. p., riscritto appunto dalla l. 19/1990, estende anche a tali circostanze la regola dell'imputazione colpevole: "Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute owerò ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa".

Quanto all'opera della giurisprudenza, un esempio illuminante dei suoi sforzi per limitare in via interpretativa le ipotesi di responsabilità oggettiva è offerto dall'art. 116 c. p. il quale, nell'ambito del concorso di persone nel reato, disciplina la responsabilità del soggetto nel caso in cui un suo complice realizzi un reato diverso rispetto a quello concordato (per esempio, l'omicidio del proprietario della casa da parte di uno dei soggetti in essa penetrati per commettere un furto). Il testo dell'art. 116 comma 1 sembra infatti configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva: "Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione". Tuttavia tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di cas-

---

zo, ovvero nella misura di volta in volta esplicitamente prevista dal legislatore. Così, ad esempio, mentre il reato di furto (art. 624 c. p.) comporta la pena della reclusione da 15 giorni a 3 anni e la multa da lire sessantamila a un milione, in base all'art. 625 c. p., "La pena è della reclusione da uno a sei anni e della multa da lire duecentomila a due milioni:

1. se il colpevole, per commettere il fatto, si introduce o si intrattiene in un edificio o in un altro luogo destinato all'abitazione;

2. se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento;

3. se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso;

4. se il fatto è commesso con destrezza, ovvero strappando la cosa di mano o di dosso alla persona;

5. se il fatto è commesso da tre o più persone, owerò anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio;

6. se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande;

7. se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza;

8. se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, owerò su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria.

Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, owerò se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'art. 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da lire quattrocentomila a tre milioni".

sazione hanno affermato che il compartecipe il quale ha voluto solo il reato meno grave risponderà del reato più grave commesso da un suo complice esclusivamente nei casi in cui quest'ultimo reato costituisca uno "sviluppo logicamente prevedibile" del reato concordato. In tal modo si è tentato di estendere in via interpretativa all'art. 116 c.p. il principio della responsabilità colpevole, addossando il reato più grave anche al concorrente che non lo ha commesso solo nei casi in cui quest'ultimo abbia imprudentemente trascurato la possibilità che qualcuno dei suoi complici andasse al di là del reato concordato, ponendo in essere ulteriori e più gravi reati<sup>267</sup>.

Dunque, grazie all'opera del legislatore e della giurisprudenza, specie costituzionale, le ipotesi di responsabilità oggettiva originariamente previste dal codice penale sono state progressivamente ridotte, anche se non ancora completamente eliminate. In particolare, a carattere oggettivo risulta il modello di responsabilità delineato dall'art. 117 c. p., che assoggetta alle pene più severe previste per taluno dei concorrenti nel reato in ragione della sua particolare qualifica soggettiva (per esempio, di pubblico ufficiale) anche i concorrenti privi di tale particolare qualifica; e ciò, persino nei casi in cui questi ultimi ignorino, incolpevolmente, la suddetta qualifica soggettiva del loro complice<sup>268</sup>.

Nell'area della responsabilità oggettiva rientra altresì la disciplina dell'errore sull'età della persona offesa nei delitti contro la libertà sessuale<sup>269</sup>.

Non mancano poi le ipotesi problematiche; le ipotesi cioè che "– date certe ambiguità della legge – è controverso se appartengano alla responsabilità oggettiva o soggettiva"<sup>270</sup>. Esse concernono, in particolare, la disciplina della responsabilità del direttore del giornale per i reati commessi per mezzo della stampa periodica (artt. 57 ss. c. p.), la disciplina dei cosiddetti reati aggravati dall'evento<sup>271</sup>, del cosiddetto delitto preterintenziona-

267. Per gli opportuni approfondimenti, in particolare per quanto concerne il carattere astratto o concreto del requisito della prevedibilità dell'evento non voluto, cfr., per tutti, MUSCO, in Commentario breve al codice penale, a cura di Crespi, Stella e Zuccalà, Padova, 1992, sub art. 116, p. 360 ss., e bibliografia ivi riportata.

268. Sui complessi problemi posti da tali ipotesi di "concorso nel reato proprio e mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti" cfr. MUSCO, ivi, sub art. 117, p. 363 ss.; FIANDACA-MUSCO, Diritto penale. Parte generale, cit., p. 382 ss. e bibliografia ivi riportata, MANTOVANI, Diritto penale, cit. p. 541 ss.

269. L'art. 539 c.p. (Età della persona offesa) recita: "Quando i delitti preveduti in questo titolo sono commessi in danno di un minore degli anni quattordici, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età dell'offeso".

270. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 388.

271. Vengono così denominati i reati nei quali viene dal legislatore esplicita-

le<sup>272</sup> e delle cosiddette condizioni obiettive di punibilità (art. 44 c. p.)<sup>273</sup>.

Infine, a prescindere dalle specifiche ipotesi problematiche in tema di responsabilità oggettiva, occorre sottolineare come, nella prassi giurisprudenziale, emergano talora forme di "responsabilità oggettiva occulta", riscontrabili nei casi in cui, per evitare di svolgere complessi accertamenti probatori, i giudici tendono a presupporre la sussistenza del dolo o della colpa, indipendentemente dal concreto accertamento di tali forme di colpevolezza<sup>274</sup>. In questi casi, come è stato puntualmente stigmatizzato dalla dottrina, "il mancato accertamento in concreto della colpevolezza è tanto più ingiustificabile....., in quanto la configurazione legislativa dell'illecito di per sè richiede il dolo o la colpa quali presupposti dell'imputazione soggettiva: per cui ipotesi di normale responsabilità colpevole vengono arbitrariamente degradate, in fase di accertamento giudiziale, a forme di responsabilità oggettiva in contrasto con la volontà dello stesso legislatore"<sup>275</sup>

Occorre comunque sottolineare che, più in generale, tutte le forme di responsabilità oggettiva, occulte o espresse, risultano da tempo sottoposte in Italia a violente critiche, in quanto ritenute in radicale contrasto con la moderna coscienza giuridica. Più precisamente, si può affermare che la responsabilità oggettiva viene oggi censurata da due punti di vista diversi e complementari:

in primo luogo tale forma di responsabilità penale viene ritenuta incompatibile con una politica criminale razionale; sotto questo profilo, la responsabilità oggettiva sarebbe infatti da un lato tendenzialmente inidonea ad innalzare l'efficacia preventiva dei precetti penali o comunque ina-

---

mente previsto che la causazione di un determinato evento (ulteriore rispetto al fatto costituente il reato-base) comporta l'applicazione di una pena più elevata di quella applicabile ove tale evento non si verifichi. In argomento cfr., in generale e per tutti, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 271 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 481 ss. e bibliografia ivi riportata.

272. Cfr. l'art. 43 c.p. (Elementopsicologico del reato), in base al quale "Il delitto... è preterintenzionale, o oltre la intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente". Cfr. altresì l'art. 18, comma 2, l. 22 maggio 1978, n. 194. In dottrina cfr., per tutti, CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.

273. In base al quale "Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto". In tema di condizioni obiettive di punibilità e principio di colpevolezza cfr., da ultimo, FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, cit., p. 381 ss. e bibliografia ivi riportata.

274. Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 389 ss.; ID. Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 469 ss.

275. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 471.

deguata rispetto ai processi di motivazione criminale<sup>276</sup>, e dall'altro lato tendenzialmente contrastante con la stessa concezione del diritto penale come *extrema ratio* di tutela<sup>277</sup>;

in secondo luogo, viene rilevato come la responsabilità oggettiva sia incompatibile con taluni principi fondamentali affermati dalla Costituzione italiana del 1948, ed innanzitutto col principio della responsabilità penale personale (art. 27 comma 1 Cost.)<sup>278</sup> e col principio di rieducatività della pena<sup>279</sup>.

A questo proposito, particolarmente significativa risulta l'evoluzione avutasi nella giurisprudenza della Corte costituzionale alla fine degli anni '80. Infatti, mentre per lungo tempo la Corte costituzionale ha affermato che il principio di personalità della responsabilità penale si limita a sancire il divieto della responsabilità per fatto altrui, con conseguente legittimità costituzionale della responsabilità oggettiva<sup>280</sup>, nella sentenza 364/1988 essa ha infine offerto una interpretazione dell'art. 27 Cost. in prospettiva di tendenziale affermazione del principio di colpevolezza<sup>281</sup>. La Corte infatti, pur ribadendo che "l'art. 27 Cost. non contiene un tassativo divieto di responsabilità oggettiva", ha stabilito che l'imputazione su base meramente oggettiva degli elementi più significativi della fattispecie penale sarebbe in contrasto con la suddetta norma costituzionale.

In sostanza, a partire dalla sentenza 364/1988, almeno rispetto a tali "elementi più significativi" è ormai richiesta la presenza del dolo o della colpa dell'autore del fatto. Fermo restando che, secondo le indicazioni fornite dalla stessa Corte costituzionale nella successiva sentenza

276. Sul punto cfr., *amplius* e per tutti, FIANDACA, Considerazioni su responsabilità oggettiva e prevenzione, in Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1989, p. 31 ss. e, in particolare, p. 52 ss.; PULITANO, Responsabilità oggettiva e politica criminale, *ivi*, p. 75 ss.

277. Cioè con la concezione secondo la quale il diritto penale costituisce uno strumento di protezione dei beni giuridici il quale, tenuto soprattutto conto della gravità delle sanzioni da esso previste, può essere legittimamente utilizzato "solo quando nessun altro strumento sia idoneo, e... entro i limiti dello strettamente necessario". PULITANO, *op. cit.*, p. 81.

278. Sul principio costituzionale di personalità della responsabilità penale e sui suoi sviluppi in chiave di colpevolezza cfr. *infra*, § 1. 2. B.

279. Infatti, posto che la pena deve assolvere una funzione di rieducazione del colpevole, non avrebbe senso l'applicazione della pena nei confronti di coloro i quali, avendo commesso il fatto di reato in modo non colpevole, non necessitano di strumenti di rieducazione.

280. Cfr. FLORA, La "responsabilità penale personale" nelle sentenze della Corte costituzionale, in Temi, 1974, p. 264.

281. Cfr., per tutti, FIANDACA, Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988, in Foro it., 1988, I, 1385 ss.; PULITANO, Una sentenza 'storica' che restaura il principio di colpevolezza, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, p. 686 ss.

108511988<sup>282</sup>, tra i suddetti elementi rientrano tutti gli elementi del reato che concorrono a determinarne il livello di disvalore. Solo quindi gli elementi estranei alla materia del divieto potranno prescindere dall'esistenza del dolo o della colpa e dal giudizio di "rimproverabilità" ad essi connesso.

## 1.2. Il fondamento costituzionale della colpevolezza.

### A. In Canada: le regole di giustizia fondamentale.

La question constitutionnelle liée aux régimes de responsabilité pénale a été examinée une première fois dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*<sup>283</sup> rendu en 1985. On a soutenu que l'article 7, qui garantit le respect des principes de justice fondamentale lorsque la liberté d'une personne est en jeu, oblige le législateur à se soumettre aux règles établies dans l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*<sup>284</sup>, formulées en 1978, quatre ans avant l'entrée en vigueur de la Charte. La décision de la Cour supreme a été interprétée comme les ayant incorporées dans notre système. En d'autres mots:

«Avant l'adoption de la Charte, le Parlement devait faire usage d'un texte législatif exprès pour dispenser la poursuite d'établir la *mens rea*. Avec l'adoption de la Charte, le Parlement doit maintenant être prêt à établir qu'une disposition qui a pour effet de dispenser le ministère public de faire la preuve de la *mens rea* et qui n'accorde pas, à l'accusé, au minimum, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»<sup>285</sup>

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*<sup>286</sup>, la Cour, sous la plume du juge Lamer, a reconnu comme un des préceptes fondamentaux de notre système juridique le fait qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe a évidemment pour effet de garantir l'exigence d'un certain degré de culpabilité en matière de responsabilité pénale mais nous verrons que

282. In Foro it., 1989, I, 1378, con nota di INGROIA.

283. Précité, note 235.

284. Précité, note 198.

285. *R. c. Hess et N'Guyen*, [1990] 2 R.C.S. 906,918. Dans cette affaire, une disposition du Code criminel<sup>2</sup> prévoyait que tout homme qui a des rapports sexuels avec une femme qui n'est pas son épouse et qui est âgée de moins de quatorze ans, que l'homme la croie ou non âgée de plus de quatorze ans, risque l'emprisonnement à perpétuité. En conséquence, cette infraction excluait même une défense de diligence raisonnable quant à l'âge de la personne de sexe féminin, en violation de l'article 7 de la Charte. Cette infraction est maintenant abrogée.

286. Précité, note 235.

sa portée ne se limite pas à ce domaine. Dans cette affaire, la Cour s'est penchée sur la validité du paragraphe 94(2) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, qui prévoyait qu'une personne qui conduisait alors que son permis était suspendu commettait une infraction même si elle ignorait la suspension. La Cour a constaté que l'exigence de la *mens rea*, i.e. la faute, est une règle séculaire, de sorte que la responsabilité absolue, soit la responsabilité sans faute, contrevient aux principes de justice fondamentale et à l'article 7 de la Charte s'il y a atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité de la personne puisque cela permettrait l'emprisonnement d'un innocent<sup>287</sup>. En conséquence, une infraction punissable de l'emprisonnement, même facultatif, ne peut pas être une infraction de responsabilité absolue.

La Cour a précisé qu'une peine de probation<sup>288</sup> porte également atteinte à la liberté d'une personne et doit être assimilée à l'emprisonnement pour les fins de l'analyse sur la validité constitutionnelle de la responsabilité absolue<sup>289</sup>. La Cour a également précisé que ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'un régime de responsabilité absolue portant atteinte à l'article 7 de la Charte pourra être justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique comme l'exige l'article premier de la Charte. Il s'agit de cas où la commodité administrative l'emportera sur la garantie constitutionnelle mais uniquement «dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite»<sup>290</sup>. La Cour s'est toutefois gardée de préciser le degré de faute requis par l'article 7 pour être trouvé coupable d'une infraction, i.e. la *mens rea*, subjective ou objective, ou la simple négligence.

Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*<sup>291</sup>, la Cour suprême, en prenant acte du fait que la négligence constitue le critère minimum envisageable, a par ailleurs précisé que les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui, dans le cas de certains crimes, en reflète la nature particulière. Cela ouvrirait la porte à l'acceptation, sur le plan constitutionnel, d'une exigence de culpabilité modulée selon la nature de l'infraction.

Dans un premier temps, la Cour a jugé à l'unanimité, dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group*, qu'en matière réglementaire, la responsabilité

---

287. Id, 515, 517.

288. La probation est une mesure de liberté surveillée qui accompagne une autre peine, celle-ci étant souvent le sursis de sentence.

289. Renvoi sur la *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, note 235, 515.

290. Id, 518.

291. *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 653-654.

pour négligence, selon le critère de droit civil de la personne raisonnable, ne contrevient pas aux règles de justice fondamentale garanties par l'article 7 de la Charte dans les cas où l'accusé est passible de subir une atteinte à sa liberté. Elle a aussi décidé, à la majorité, que l'obligation d'apporter une preuve prépondérante de la diligence raisonnable constitue une restriction au droit à la présomption d'innocence, garanti par l'alinéa 11d), qui est acceptable dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>292</sup>. En d'autres termes, la Cour a donné une valeur constitutionnelle à la deuxième règle de l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*<sup>293</sup>.

Dans l'arrêt *R. c. Hundal*, la Cour suprême a introduit de manière déterminante la norme objective et la négligence (marquée) dans l'évaluation de la faute en matière criminelle. Ce faisant, la Cour ne reniait pas ce qu'elle avait avancé dans ses arrêts antérieurs. La Cour a posé le problème en ces termes:

«Certes, la poursuite doit, pour chaque crime, faire la preuve d'un acte ou d'une omission assortis d'une faute, laquelle faute il est convenu d'appeler *mens rea*. Or, notre Cour a établi de façon non équivoque que l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés interdit l'emprisonnement si l'existence de cette faute n'a pas été prouvée.»<sup>294</sup>

L'exigence constitutionnelle de la faute, et donc de la *mens rea* en matière criminelle, peut être satisfaite de deux façons: par la démonstration d'un état d'esprit positif comme l'intention, l'insouciance et l'aveuglement volontaire; ou par celle de la négligence marquée, sans qu'il soit nécessaire de démontrer un état d'esprit subjectif:

«La *mens rea* se rattachant à une infraction criminelle peut être subjective ou objective, sous réserve du principe de justice fondamentale qui veut que la faute morale liée à cette infraction soit proportionnelle à la gravité de celle-ci et à la peine qui la sanctionne.»<sup>295</sup>.

La Cour suprême a donc défini, sur le plan constitutionnel, une version modifiée de la première règle de l'arrêt *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*<sup>296</sup>, i.e. l'exigence de la *mens rea* dans le cas des infractions de nature criminelle mais en acceptant que cette *mens rea* puisse être objective. L'exigence de la *mens rea* subjective demeure évidemment la règle

292. Précité, note 213.

293. Précité, note 198.

294. Précité, note 210, 882.

295. *R. c. Creighton*, précité, note 211, 58. Voir aussi *R. c. Hundal*, id, 882.

296. Précité, note 198.



de *common law* sur la question mais le législateur peut prévoir qu'elle sera objective.

Il en résulte donc qu'en l'absence d'une indication claire du législateur quant à une exigence autre pour une infraction donnée en matière criminelle, la *mens rea* subjective sera donc nécessaire en vertu de la *common law*. Il existe par ailleurs des cas où elle est constitutionnellement exigée lorsque les stigmates sociaux rattachés à l'infraction l'exigent<sup>297</sup>. Nous développerons ces cas particuliers au prochain paragraphe.

L'exigence d'une *mens rea* objective demande quelques explications puisque la Cour suprême a toujours rejeté l'idée que la négligence civile ou la simple négligence puisse servir de fondement à la faute criminelle. Comme nous l'avons souligné, le poursuivant devra démontrer et ce, hors de tout doute raisonnable, que le comportement de l'accusé constitue un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence que respecterait la personne raisonnable dans la même situation. Le principe demeure donc «[qu'] en droit, nul n'est inconsiderément qualifié de criminel»<sup>298</sup>. Par contre, la Cour suprême a déclaré que le droit criminel implique une norme minimale uniforme pour les infractions auxquelles s'appliquent une norme objective de la faute. La norme objective doit se dégager de l'évaluation de la conduite. Ainsi, lorsqu'une personne commet un délit en s'engageant dans une activité manifestement dangereuse, il sera raisonnable de conclure, en l'absence d'indication contraire, qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. Comme le note la Cour, certaines activités appellent une plus grande prudence que d'autres: on ne manipule pas un parapluie avec la même prudence qu'une arme à feu chargée, bien que la norme juridique demeure la même, soit celle de la personne raisonnable dans la même situation<sup>299</sup>.

La Charte force donc le législateur canadien à prévoir une norme de faute proportionnelle à la nature de l'infraction.

#### *B. In Italia: il principio della responsabilità personale.*

In Italia è ormai pressoché universalmente riconosciuto che il principio di colpevolezza trova il suo fondamento nell'art. 27, comma 1°, Cost., in base al quale "La responsabilità penale è personale".

Ma il riconoscimento della dimensione costituzionale del principio di colpevolezza, ormai sostanzialmente sancito dalla stessa giurisprudenza

---

297. R. c. Martineau, [1990] 2 R.C.S. 633.

298. R. c. Creighton, *précité*, note 211, 59.

299. *Id.*, 71-72.

della Corte costituzionale, è stato per molti anni oggetto di accese discussioni, in quanto l'estrema sinteticità del dettato costituzionale consentiva interpretazioni di differente tenore. In particolare, secondo una tesi **minimalista** accolta dalla giurisprudenza sino a pochi anni fa, il principio della responsabilità "personale" si limiterebbe a circoscrivere la responsabilità penale alle ipotesi di fatto "proprio", con conseguente divieto della sola responsabilità penale per fatto altrui. Secondo questa tesi, in altre parole, la Costituzione imporrebbe di circoscrivere la responsabilità penale in capo ai soli soggetti che abbiano materialmente causato (o concorso a causare) il reato, ma non imporrebbe di subordinare il riconoscimento di tale responsabilità all'accertamento di un coefficiente "personalistico" di colpevolezza.

Contro questa interpretazione minimalista, la migliore dottrina aveva da tempo sottolineato come risultasse fortemente riduttiva una lettura dell'art. 27, comma 1<sup>o</sup>, Cost. volta ad intendere l'espressione "responsabilità personale" come manifestazione dell'esigenza di un semplice nesso causale, e non anche di un nesso psicologico, tra fatto ed autore. In proposito, si osservava che se lo scopo della norma costituzionale in questione fosse stato solamente quello di decretare l'esclusione delle forme di responsabilità penale per fatto altrui (del resto già da lungo tempo bandite dal sistema penale italiano), sarebbe stata con ogni probabilità utilizzata una diversa e più esplicita formulazione.

La fondatezza di queste critiche, unita alla generalizzata convinzione che il contenuto afflittivo-retributivo della pena sia giustificabile solo ove l'autore del reato possa essere oggetto di un giudizio di rimprovero per il suo comportamento, hanno indotto gli operatori del diritto ad abbracciare la tesi secondo la quale con l'espressione "responsabilità personale" deve intendersi una responsabilità per fatto non solo proprio, ma anche colpevole. Si è cioè ritenuto che possa dirsi "personale" nel senso più pieno della parola solo il fatto attribuibile al soggetto sotto il profilo sia materiale sia psicologico.

Come in precedenza accennato<sup>300</sup>, la tesi volta a valorizzare la portata "psicologica" della responsabilità personale risulta ribadita, sul piano logico, dall'art 27, comma 3<sup>o</sup>, Cost., in base al quale "Le pene..... devono tendere alla rieducazione del condannato". La funzione rieducativa della pena può essere infatti giustificata sul piano logico solo nei confronti di coloro che, avendo commesso il fatto di reato in modo colpevole, abbisognino effettivamente di quei processi risocializzativi determinati, innescati o comunque favoriti (almeno in teoria) dalla pena stessa.

La tesi che identifica la responsabilità "personale" con la responsabilità "colpevole" risulta infine la più congrua non solo nella prospettiva retribu-

---

300. Cfr. *supra*, § 1.1.3.B.

tiva e in quella rieducativa della pena, ma anche in una prospettiva di prevenzione generale. È noto infatti che la funzione generalpreventiva presenta non solo il risvolto "negativo" della intimidazione derivante dalla portata afflittiva della sanzione (teoria cosiddetta della deterrenza), ma anche il risvolto "positivo" dell'orientamento culturale; orientamento culturale che si riscontra nei casi in cui la norma penale riesca a persuadere i cittadini della "giustizia" della legge e dei precetti in essa contenuti, riesca cioè a far sì che i singoli si "riconoscano" nella legge e nei valori ad essa sottesi (teoria cosiddetta della prevenzione generale allargata). In questo senso, appare evidente che nell'attuale contesto socio-culturale solo un sistema penale che punisca esclusivamente i soggetti "colpevoli", e dunque "meritevoli di pena", può essere avvertito dalla collettività come giusto, può risultare dotato di quella autorità morale indispensabile a rendere autenticamente persuasivi i precetti in esso contenuti<sup>301</sup>.

Come si può vedere, la tesi dottrinale della responsabilità personale in chiave di colpevolezza - da cui discende l'incostituzionalità non solo delle ipotesi di responsabilità per fatto altrui, ma anche delle ipotesi di responsabilità oggettiva - appare supportata da una pluralità di argomenti logici assai convincenti. In ogni caso, come a suo tempo ricordato<sup>302</sup>, alla fine degli anni '80 la stessa Corte costituzionale ha abbandonato la tesi minimalista della responsabilità personale come mera responsabilità per fatto materialmente (e non anche psicologicamente) proprio. La Corte cioè, con la notissima e già menzionata sentenza 3641/1988, ha di fatto costituzionalizzato il principio di colpevolezza, vincolando ogni condanna penale alla attribuibilità psichica (a titolo di dolo o di colpa) del fatto al suo autore, sia pure limitatamente agli "elementi più significativi della fattispecie"<sup>303</sup>.

## 2. I DIFFERENTI PROFILI DELLA COLPEVOLEZZA IN TALUNE PARTICOLARI CATEGORIE DI REATI

### 2.1. I reati che prevedono una pena non limitativa della libertà.

A. *In Canada: un problema di portata limitata in ragione della tutela sancita dalla common law.*

Comme nous l'avons mentionné, la protection constitutionnelle en ma-

301, Cfr., per tutti, PADOVANI, *Diritto* penale, cit., p. 220 ss.

302. Cfr., supra, §1.1.3.B.

303. Cioè agli elementi che incidono sul contenuto offensivo del reato e dunque sul suo complessivo livello di disvalore. Sul punto cfr. ancora, supra, par. 1.1.3.B., in *fine*.

tière de culpabilité morale, subjective ou objective, découle de l'article 7 de la Charte qui exige le respect des règles de justice fondamentale lorsque l'État veut porter atteinte à la vie, *liberté* ou sécurité de la personne. Il faut donc que l'infraction prévoie que son auteur est passible d'une peine privative de liberté pour que la garantie s'applique. Les infractions qui ne comportent pas la possibilité de l'imposition d'une telle sanction étant plutôt rares, le problème qui peut se poser est donc très limité.

Dans ces rares cas, il faut donc s'en remettre à la *common law* pour établir le régime de responsabilité. Par ailleurs, on a vu, lors de notre étude de l'arrêt *R. c. Chapin*<sup>304</sup>, qu'on ne doit pas conclure facilement, en matière réglementaire, à l'existence d'une infraction de responsabilité absolue. En d'autres termes, le régime de la responsabilité stricte sera normalement applicable.

On peut donc penser qu'une infraction ne sera de responsabilité absolue que dans la mesure où le législateur le prévoit et ne permet pas l'imposition d'une peine privative de liberté.

#### *B. In Italia: una tutela prevista dalla Costituzione.*

Nell'ordinamento penale italiano, il ruolo garantista riconosciuto al principio di colpevolezza esplica i propri effetti non solo con riferimento agli illeciti puniti con pena detentiva, ma più in generale, in relazione a qualsiasi fattispecie incriminatrice, indipendentemente dalla natura della sanzione comminata.

Più precisamente, la necessità di subordinare la responsabilità penale ad un concreto accertamento dei requisiti soggettivi di imputazione (dolo o colpa) non incontra limitazioni che possano essere collegate alle diverse categorie di illecito penale (delitti/contravvenzioni) ovvero alle varie tipologie di sanzioni (detentive/pecuniarie).

L'unica restrizione legittimamente configurabile ad una piena operatività del principio di colpevolezza è invece quella risultante dalle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 3641/1988: e cioè quella consistente nel circoscrivere la necessità di accertamento del dolo o della colpa ai soli "elementi più significativi della fattispecie"<sup>305</sup>.

Si noti infine che nell'ordinamento italiano, l'operatività del principio di colpevolezza non è limitata al solo settore penale: il legislatore del 1981 ha infatti previsto che anche in tema di illeciti amministrativi la responsabilità dell'agente sia subordinata al previo accertamento dell'elemento

304. Précité, note 236.

305. Il contenuto di tale sentenza verrà diffusamente analizzato nel § 3.1.1.1. B.

sofferto doloso o colposo, parificando in tal modo il criterio di imputazione di tali illeciti con quello previsto in tema di reati contravenzionali.

## 2.2. I reati di particolare gravità.

### A. In Canada: l'esigenza costituzionale della *mens rea* soggettiva nel caso di reati particolarmente stigmatizzanti.

Pour une certaine catégorie de délits, le législateur ne peut exiger autre chose que la *mens rea* subjective, malgré le principe de *common law* voulant qu'il soit libre de spécifier une *mens rea* objective en utilisant des termes clairs. C'est donc ici que la Charte prend toute son importance.

La Cour suprême a fait cette distinction dans les arrêts *R. c. Vaillancourt*<sup>306</sup>, *R. c. Martineau*<sup>307</sup> et *R. c. Logan*<sup>308</sup>. Dans la première affaire, la Cour a examiné la constitutionnalité de l'alinéa 230d) du *Code criminel* qui permettait une déclaration de culpabilité pour meurtre bien que son auteur n'eût pas prévu ou pu prévoir le décès. La responsabilité était donc absolue quant au décès. Traditionnellement, cette règle s'était toujours justifiée par le caractère particulièrement grave d'un tel type de meurtre, commis au moyen d'une arme à feu pendant la perpétration d'une autre infraction. La Cour a rappelé que:

«[I]l existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s'il y a preuve d'une certaine malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple. La peine imposée pour le meurtre est la plus sévère que l'on trouve dans notre société et les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre sont tout aussi extrêmes.»<sup>309</sup>

Dans cet arrêt, la Cour a conclu à l'invalidité de la disposition en ce qu'aucune *mens rea* ne se rattachait au décès. Toutefois, on n'avait pas décidé s'il fallait, pour ces crimes de nature stigmatisante, que l'accusé ait eu une *mens rea* subjective ou si la prévisibilité objective suffisait. Dans les deux décisions subséquentes, la Cour a conclu que la prévision subjective de la mort est nécessaire en raison de la peine et des stigmates rattachés à cette

306. Précité, note 291.

307. Précité, note 297.

308. *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731.

309. *R. c. Vaillancourt*, précité, note 291, 653-654.

infraction. Cette exigence vaut tant pour l'auteur réel de l'infraction<sup>310</sup> que pour le complice<sup>311</sup>.

Le problème demeure donc de définir la notion de stigmatisme pour pouvoir déterminer avec une précision relativement certaine les infractions exigeant la prévision subjective. On peut aussi se demander si ce principe vaut également à l'égard des justifications et excuses opposables aux infractions stigmatisantes. Ainsi, le paragraphe 34(2) du Code criminel, qui définit les conditions de recevabilité de la légitime défense dans le cas où la personne a causé la mort de son agresseur, exige que l'accusé ait raisonnablement appréhendé son propre décès ou des lésions corporelles graves. On pourrait soutenir que cette condition viole l'article 7 de la Charte dans la mesure où la justification s'apprécie objectivement.

La Cour d'appel de l'Ontario<sup>312</sup> a étudié le problème à l'égard de la recevabilité de la défense de provocation qui est admissible, dans le cas d'une accusation de meurtre, pour que soit prononcé un verdict d'acquiescement à l'égard de l'infraction reprochée et une déclaration de culpabilité pour l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable, i.e. sans *mens rea* quant au décès. Le paragraphe 232(2) du Code définit la provocation comme "(u)ne action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser ...". Le juge Doherty a déclaré que cette disposition ne violait pas l'article 7 dans la mesure où la provocation est une excuse dont la recevabilité découle d'un choix législatif mais qui ne détruit pas la responsabilité au sens classique. Cette décision ne dispose donc pas de la question. À cet égard, il est intéressant de mentionner que la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *R. c. Langlois*<sup>313</sup>, a évoqué la possibilité que l'appréciation objective de la défense de contrainte morale puisse constituer une norme trop exigeante. Toutefois, le juge Fish a déclaré qu'il n'était pas nécessaire de trancher ce point puisque le problème ne se soulevait pas en l'espèce.

*B. In Italia: l'esigenza del dolo implicitamente imposta dalla Costituzione e riconosciuta dalla legge.*

Prima di effettuare un sintetico esame dei profili assunti dal principio di colpevolezza in rapporto ai "reati di particolare gravità", è forse opportuno precisare brevemente il significato assunto da tale espressione nel sistema penale italiano. In linea teorica, esistono infatti criteri assai diversi

310. *R. c. Martineau*, précité, note 297.

311. *R. c. Logan*, précité, note 308.

312. *R. c. Cameron*, (1992) 71 C.C.C. (3d) 272 (C.A.O.).

313. *R. c. Langlois*, [1992] R.J.Q. 675, 691 (C.A.).

attraverso i quali stabilire il livello di gravità dei reati: un criterio oggettivo, in base al quale la gravità del reato emerge esclusivamente dall'importanza del bene/interesse aggredito e dalla gravità della lesione; un criterio soggettivo, per il quale la gravità del reato discende dal livello di pericolosità ovvero dal grado di malvagità espresso attraverso il reato stesso; un criterio misto (cioè oggettivo-soggettivo), in base al quale la gravità del reato risulta sia dall'importanza del bene/interesse e dall'entità della relativa lesione sia dal livello di colpevolezza dell'autore.

Ora, non v'è dubbio che nel sistema penale italiano, volto ad attribuire rilievo tanto all'elemento oggettivo quanto a quello soggettivo, il livello di gravità del reato debba essere valutato attraverso il criterio misto. Ed in questo senso è inevitabile che debbano considerarsi "reati di particolare gravità" solo i fatti i quali da un lato ledano o pongano in pericolo beni/interessi di primaria importanza (vita, sicurezza dello Stato, ecc.), dall'altro lato vengano commessi con la forma di più intensa volontà colpevole, vale a dire con dolo. In questo senso, ad esempio, non rientrerà in tale categoria di reati l'omicidio colposo, ancorchè il bene leso sia quello fondamentale della vita.

Se dunque è lecito ritenere che nel sistema penale italiano tra i reati di maggiore gravità possano rientrare solo ed esclusivamente reati a carattere doloso, va sottolineato altresì come solo questi ultimi possano essere puniti con le sanzioni più severe, cioè con le pene detentive di lunghissima durata (fino a trenta anni) o addirittura con la pena perpetua. Nell'ordinamento italiano, infatti, il rispetto della simmetria tra gravità del reato e gravità della sanzione viene garantito dal principio di proporzione, il quale – seppure non esplicitamente previsto dalla Costituzione – presenta indubbi profili costituzionali.

In primo luogo, infatti, il principio di proporzione costituisce da un lato l'espressione dell'idea retributiva, dall'altro il momento di composizione del principio di difesa sociale e di quello della dignità della persona umana<sup>314</sup>. In questo senso, l'istanza proporzionalistica si lega innanzitutto al principio dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), postulando così che possano essere condannati ad una pena detentiva di lunghissima durata esclusivamente i soggetti i quali non solo abbiano leso primari beni/interessi di rilievo costituzionali ma anche, tenuto conto della loro pericolosità e del grado di colpevolezza dimostrato, "abbiano reso necessaria" e "abbiano meritato" una pena di tale gravità.

In secondo luogo, il principio di proporzione tra reati e pene si ricollega al principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, sancito dall'art. 3 Cost.. E attraverso il parametro minimale della "ragionevolezza" il

---

314. Cfr., per taluni spunti in argomento, VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, p. 706.

principio di uguaglianza-proporzione è stato utilizzato dalla stessa Corte costituzionale per affermare l'illegittimità dei reati puniti con pene incongrue rispetto alla gravità dei fatti. Fermo restando tuttavia che, a giudizio della Corte, "le valutazioni sulla congruenza tra reati e pene appartengono alla politica legislativa", cosicché dovranno essere considerate contrarie alla Costituzione solo le "sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate"<sup>315</sup> e dunque, appunto, irragionevoli. È comunque da ritenersi che sarebbe con ogni probabilità giudicato irragionevole il ricorso alla pena dell'ergastolo (ovvero ad una lunghissima pena detentiva) per reati non dolosi; e l'assenza nell'esperienza italiana di pronunce di incostituzionalità di questo tenore va ascritto, verosimilmente, alla sostanziale assenza di reati non dolosi puniti con pene di grande severità<sup>316</sup>.

Nel sistema penale italiano esistono tuttavia due norme a carattere generale in tema di concorso di persone nel reato che appaiono, nella prospettiva qui considerata, quantomeno problematiche. Si allude ai già citati artt. 116 e 117 c. p., concernenti rispettivamente le ipotesi di "reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti" e di "mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti"<sup>317</sup>.

Vero è che, come in precedenza ricordato, la giurisprudenza ha reinterpretato l'art. 116 c. p. (che con ogni probabilità sanciva un'ipotesi di responsabilità oggettiva) in chiave di colpevolezza, attribuendo anche agli altri compartecipi la responsabilità per il reato diverso (da quello concordato) commesso da uno o più complici solo quando tale reato costituisca uno "sviluppo logicamente prevedibile" del reato concordato. Resta comunque il fatto che in questo caso viene in essere una responsabilità se non oggettiva, quantomeno *anomala*, "nel senso che il concorrente risponde di un reato doloso sulla base di un reale atteggiamento colposo"<sup>318</sup>; ri-

---

315. Corte cost., sent. 5 maggio 1979, n. 26, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, p. 200 ss., con nota di ROSSETTI, Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione. Cfr. altresì, per tutti, PAPA, Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 726 ss.; PIZZORUSSO, Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza, in Giur. it., 1971, IV, c. 192 ss.

316. È interessante in proposito osservare che in taluni progetti di legge elaborati in un clima emergenziale, era stata ipotizzata un uso abbastanza ampio della pena dell'ergastolo. Così, tale pena era prevista, ad esempio, nei casi di sequestro di persona a scopo di estorsione cui conseguisse, quale conseguenza non voluta dal reo, la morte del sequestrato. Tuttavia in sede di conversione venne stabilito di sostituire la pena dell'ergastolo con quella di trent'anni, data l'esigenza di riservare la pena perpetua ai reati più gravi in assoluto; reati all'interno dei quali non poteva rientrare l'ipotesi di specie, in quanto in essa solo il sequestro, e non anche la morte del reo, era "coperto" dal dolo.

317. Cfr., *supra*, § 1.1.3.B.

318. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 540.



sponde cioè del reato diverso, posto in essere con dolo da un suo complice, per non aver negligenemente previsto l'eventualità che il concorrente - tenuto conto delle circostanze oggettive e soggettive del caso - potesse realizzare reati ulteriori rispetto a quello concordato. L'incongruenza logica di attribuire anche al mero concorrente negligente un fatto realizzato da altri con dolo è attenuata, ma non certo cancellata dal comma 2 dell'art. 116 c. p., in base al quale "Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave"<sup>319</sup>.

Ancora più evidente è poi l'eccezione ai principi generali in tema di colpevolezza sancita dall'art. 117 c. p.. Tale norma, come in precedenza sottolineato, prevede un'ipotesi di responsabilità oggettiva per il soggetto che non solo non rivesta la qualifica soggettiva di uno dei concorrenti (qualifica soggettiva dalla quale dipende appunto il "mutamento del titolo del reato"), ma addirittura ignori tale particolare qualifica del concorrente.

Le anomalie palesate da tali forme di responsabilità, se da un lato hanno a più riprese sollevato fondate perplessità anche d'ordine costituzionale, dall'altro lato hanno indotto da ultimo gli autori del disegno di legge-delega al Governo per un nuovo codice penale italiano a modificare radicalmente la disciplina delle ipotesi oggi previste dagli artt. 116 e 117 c. p., onde adeguarla al principio di colpevolezza<sup>320</sup>. Tuttavia, nella presumibilmente lunga attesa del nuovo codice penale italiano, e in assenza di ulteriori interventi della Corte costituzionale, gli artt. 116 e 117 c.p. continuano ancor oggi ad essere applicati,

### 3. UN PROBLEMA COMUNE AFFRONTATO IN MODO DIVERSO: LA COLPEVOLEZZA NELL'AMBITO DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO

*A. In Canada: un problema di sentencing in relazione a tutte le "circostanze".*

Le droit pénal canadien ne fait pas de distinction entre les circonstances de la commission de l'infraction, au sens premier du terme, et celles qui constituent des éléments de l'infraction. Il nous faut donc examiner le problème sous les deux angles.

En principe, le juge canadien a discrétion quant à la pertinence et à l'importance à accorder aux diverses circonstances qui accompagnent la commission de l'infraction. Le législateur n'a pas codifié une liste de cir-

---

319. L'entità di tale diminuzione non può comunque risultare superiore ad un terzo della pena da applicarsi.

320. Cfr. *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, a cura di M. Pisani, Padova, 1993, p. 19-20.

constances, aggravantes ou atténuantes, au sujet desquelles le juge doit statuer et qui peuvent faire varier le *quantum* de la peine dont l'accusé est passible. Il n'a évidemment pas statué sur la nécessité que la circonstance aggravante ait été ou non commise avec un état d'esprit coupable.

Par ailleurs, il faut se souvenir que le droit canadien, comme c'est le cas dans tous les systèmes d'inspiration britannique, connaît la césure entre la verdict et la peine. Il faut d'abord statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, responsabilité qui incombe au jury s'il en est, et ensuite le juge prononce la peine le cas échéant. Une audition distincte a alors lieu au cours de laquelle les circonstances pertinentes sont présentées au tribunal par les avocats, tant de la poursuite que de la défense. En outre, le juge peut demander à ce que soit produit un rapport présentenciel<sup>321</sup>. Ce document a pour but de le renseigner sur la situation personnelle et l'historique de l'accusé.

Le juge, comme nous le verrons, a le pouvoir discrétionnaire de considérer ou non chacune des informations reçues lors de l'audition sur sentence afin de rendre une sentence appropriée. On a jugé que l'équité des procédures exige que la poursuite démontre hors de tout doute raisonnable les circonstances aggravantes qui sont contestées par la défense<sup>322</sup>. Évidemment, le fait que l'accusé ait eu la *mens rea* quant à une circonstance aggravante constituera, en soi, un facteur justifiant une sentence plus sévère dont le juge pourra tenir compte. À l'inverse, le fait que l'accusé n'ait pas eu la *mens rea* quant à une circonstance aggravante est sûrement un facteur dont le juge devra tenir compte et à défaut, l'accusé pourra soutenir qu'on a contrevenu à l'article 7 de la Charte.

Par contre, il arrive que le législateur crée des infractions distinctes lorsqu'un même comportement a été accompagné d'un facteur aggravant ou a entraîné des conséquences particulières. Ainsi, l'agression simple, l'agression causant lésions corporelles et l'agression avec une arme constituent trois infractions distinctes passibles de cinq ans d'incarcération dans le premier cas et de dix ans dans les deux autres<sup>323</sup>. Dans un tel cas, la circonstance aggravante devient, de ce fait, un élément de l'infraction qui doit être prouvé par la poursuite pour que l'accusé soit déclaré coupable<sup>324</sup>. La Cour suprême s'est prononcée sur la nécessité de prouver une

---

321. Art. 735 C.cr.

322. R. c. *Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368.

323. Il s'agit de l'article 266 C.cr. qui crée l'infraction de voies de fait simples et des alinéas 267(1)a) et b) C.cr. qui prévoient les infractions d'agression armée et d'agression causant lésions.

324. À défaut d'une preuve hors de tout doute raisonnable de cet élément, l'ac-

mens rea relative à ces conséquences ainsi que sur le degré de mens rea nécessaire pour satisfaire les exigences constitutionnelles.

Dans un premier temps, la Cour supreme a rappelé, dans l'arrêt *R. c. Martineau*<sup>325</sup> que pour certaines infractions, la Charte exigeait une preuve de mens rea subjective pour tous les éléments de l'actus reus. Cela incluait, en l'espèce, la conséquence de l'infraction, i.e. la mort de la victime. Le meurtre est donc une infraction de résultat qui commande, en raison de la peine et des stigmates qui sont rattachés à une déclaration de culpabilité, une prévisibilité subjective de la mort. La question s'est donc posée pour d'autres infractions de résultat.

Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, la Cour supreme, à l'unanimité, a clairement indiqué que l'exigence constitutionnelle établie par l'arrêt *R. c. Martineau*<sup>326</sup> ne saurait être étendue à toutes les infractions de résultat<sup>327</sup>. Dans cette affaire, la Cour examinait l'infraction d'infliger *illégalement* des lésions corporelles à autrui. Cet acte criminel a une particularité additionnelle en ce qu'il dépend d'un acte illégal sous-jacent au sujet duquel l'accusé doit avoir eu la mens rea. Dans un premier temps, la Cour a conclu que la Charte elle-même n'exige aucune intention particulière se rapportant aux conséquences d'une infraction<sup>328</sup>. Celles-ci ne constituent qu'un facteur aggravant qui se reflète dans la peine associée au délit et prévue par la loi.

«Une personne n'est pas moralement innocente simplement parce qu'elle n'avait pas prévu une conséquence particulière d'un acte illégal. En punissant pour des conséquences imprévisibles, le droit ne punit pas ceux qui sont moralement innocents, mais ceux qui causent un préjudice en commettant une action illégale qu'ils pouvaient éviter.»<sup>329</sup>

Cependant, la Cour a également conclu qu'il était loisible au législateur, par les mots choisis pour le texte d'incrimination, d'exiger que le poursuivant prouve une mens rea quant aux conséquences d'un acte illégal. Cela demeure toutefois une question d'interprétation et de volonté du législateur. Cette position a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Creighton* où la Cour a rappelé que:

---

cusé sera acquitté mais il pourra, le cas échéant, être déclaré coupable de l'infraction incluse d'agression simple. Voir à cet effet le paragraphe 662(1) du C. cr.

325. Précité, note 297.

326. Id.

327. *R. c. DeSousa*, précité, note 236, 964.

328. Id., 967.

329. Id.

«Il est maintenant établi que ce n'est pas parce qu'une infraction dépend de l'existence d'une infraction sous-jacente qu'elle est inconstitutionnelle, pourvu que l'infraction sous-jacente comporte un acte dangereux, qu'elle ne soit pas une infraction de responsabilité absolue et qu'elle ne soit pas elle-même inconstitutionnelle: R. c. DeSousa, [1992] 2 R.C.S. 944.»<sup>330</sup>

Cela étant, on peut toutefois soutenir que même si l'article 7 de la Charte n'exige pas toujours que l'accusé ait eu la *mens rea* à l'égard d'une conséquence de sa conduite qui est un élément constitutif de l'infraction, cette même disposition exige que le juge tienne compte de ce facteur au moment de l'imposition de la peine.

*B. In Italia: da una responsabilità oggettiva a una responsabilità colpevole.*

In Italia le circostanze aggravanti e attenuanti – cioè gli elementi non necessari per la sussistenza del reato, bensì accessori a quest'ultimo e rilevanti ai soli fini della sua gravità, dunque dell'entità della pena<sup>331</sup> – risultano anch'esse assoggettate ai fondamentali principi costituzionali in materia penale. In particolare, ai rapporti tra circostanze e il principio di colpevolezza si è fatto brevemente cenno al par. 1.1.3.B. di questo capitolo in tema di responsabilità oggettiva.

Tuttavia, un'analisi appena più approfondita ed articolata dell'incidenza del principio di colpevolezza sulle circostanze richiede preliminarmente qualche breve informazione circa la loro disciplina nel sistema penale italiano, specie per quanto concerne il principio di legalità.

---

330. Précité, note 211, 42.

331. Le circostanze qui considerate sono quelle cosiddette proprie, che consentono aumenti o diminuzioni di pena anche al di là dei limiti edittali previsti dal legislatore per ogni singolo reato. Viceversa nel sistema penale italiano sono denominate circostanze improprie gli elementi indicati all'art. 133 c.p., che servono al giudice per commisurare la pena tra il minimo ed il massimo edittale. Ai sensi dell'art. 133 c.p.:

"Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato:

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato:

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo".

Ed in proposito occorre sottolineare come, forse, proprio lo studio delle circostanze meglio di ogni altro consenta di evidenziare quanto il sistema penale italiano si informi al principio di stretta legalità. Infatti il legislatore, nel tentativo di meglio commisurare la pena al reale disvalore dei singoli fatti illeciti, non si è limitato a determinare tutti gli elementi costitutivi di ciascun reato ed a indicare il limite massimo e minimo delle relative pene; ma si è anche dedicato ad indicare in modo dettagliato gli elementi accessori capaci di conferire al reato un connotato di maggiore o minore gravità. In tal modo, come risulta evidente, il legislatore ha perseguito un duplice scopo: da un lato quello di consentire una accentuata individualizzazione del reato e della relativa pena, dall'altro quello di attribuire a se stesso le scelte relative a tale individuazione, anziché lasciarle alla discrezionalità del giudice<sup>332</sup>.

Nella maggior parte dei casi, non appare difficile distinguere se un dato elemento del reato sia previsto dal legislatore come costitutivo ovvero come mera circostanza. A questo proposito, le formule utilizzate per indicare gli elementi circostanziali (ad esempio: "la pena è aumentata nei casi in cui....", "la pena è diminuita in caso di....." ed altre equivalenti) risultano esplicite al riguardo. Esistono tuttavia ipotesi in cui tale distinzione diviene assai meno evidente, con conseguenti contrasti giurisprudenziali. La dottrina ha peraltro elaborato una serie di criteri utili a risolvere, almeno in parte, i casi dubbi<sup>333</sup>. Restano comunque ancora talune zone d'ombra, come ad esempio in relazione ai c.d. reati aggravati dall'evento<sup>334</sup>.

Nel sistema penale italiano le circostanze vengono distinte in molteplici categorie, e particolarmente in:

- a) aggravanti e attenuanti, a seconda appunto che determinino un aumento o una diminuzione della pena;
- b) comuni o speciali, a seconda che si possano applicare ad un numero potenzialmente indefinito di reati, ovvero siano, espressamente previste per un dato reato o per una certa categoria di reati;
- c) ad efficacia comune o ad efficacia speciale, a seconda che dalla loro sussistenza il legislatore faccia discendere un aumento o una diminuzione della pena fino ad un terzo, ovvero faccia discendere un aumento o una diminuzione della pena in misura anche superiore ad un terzo, o addirittura

---

332. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 395.

333. Per una rassegna dei fondamentali criteri distintivi elaborati dalla dottrina, cfr., in particolare, ROMANO, *Commentario* sistematico del codice penale, vol. I, cit., sub pre-art. 59, p. 550 ss. e bibliografia ivi riportata; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 596 ss.

334. Reati in relazione ai quali le soluzioni dottrinali risultano invero anche assai diverse tra loro, onde si auspica un intervento chiarificatore da parte del legislatore. Cfr. ancora ROMANO, *ivi*, p. 552 ss.

faccia discendere il mutamento del tipo di pena applicabile ( per esempio, da pecuniaria in detentiva)<sup>335</sup>.

In linea di massima, le circostanze presentano due caratteristiche fondamentali:

a) la tassatività, nel senso che devono essere espressamente previste dal legislatore;

b) l'obbligatoria applicazione, nel senso che - ove esse siano riconosciute sussistenti - il giudice è tenuto ad applicare i relativi aumenti o diminuzioni di pena; aumenti o diminuzioni che tuttavia nella quasi totalità dei casi, pur non potendo andare al di là dei limiti prefissati dal legislatore, consentono, all'interno di tali limiti, un margine di discrezionalità rimesso al giudice<sup>336</sup>.

Tuttavia, mentre il principio dell'applicabilità obbligatoria delle circostanze non presenta eccezioni, quello di tassatività risulta meno rigido,

335. Cfr., al riguardo, supra, § 1.1.3.B, nota 266.

336. Così, ad esempio, nei casi in cui il giudice decidesse di irrogare, per il reato base, la pena di tre anni di reclusione, la sussistenza di una circostanza ad efficacia comune gli consentirà di aumentare la pena *fino* ad un terzo. E poichè un terzo di tre anni equivale ad un anno, il giudice potrà applicare un aumento di pena da un giorno fino ad un anno di reclusione. La pena complessiva risulterà così, a seconda della scelta del giudice, da tre anni e un giorno a quattro anni di reclusione. E importante inoltre ricordare che nel caso in cui in relazione ad uno stesso reato si siano verificate più circostanze - nel caso cioè del cosiddetto concorso di circostanze - potranno aversi diverse ipotesi, disciplinate dal legislatore agli artt. 63 ss. c.p.. In estrema sintesi, si avrà:

a) concorso omogeneo, ove le circostanze siano tutte aggravanti o attenuanti. In questo caso il giudice sarà tenuto ad operare un numero di aumenti di diminuzioni di pena corrispondente al numero di circostanze omogenee riscontrate.

b) concorso eterogeneo ove alcune circostanze applicabili siano aggravanti ed altre attenuanti. In tal caso al giudice viene consentito un potere discrezionale di *bilanciamento* delle circostanze. Si tratta di un potere discrezionale di notevole ampiezza, dato che egli potrà, di volta in volta ed a suo insindacabile giudizio, ritenere prevalenti le aggravanti (applicando quindi soltanto la somma dei relativi aumenti di pena), ovvero ritenere prevalenti le attenuanti (con conseguente applicazione delle sole diminuzioni di pena previste dalla legge per le singole circostanze sussistenti). Infine il giudice potrà anche stabilire l'equivalenza tra le circostanze aggravanti e le attenuanti, infliggendo quindi la pena che gli avrebbe applicato in assenza di circostanze.

Va altresì sottolineato che in tale giudizio di bilanciamento non risulta necessariamente decisivo il numero delle circostanze aggravanti e quello delle circostanze attenuanti ad esse contrapposte. In altre parole il giudice, sulla base delle più diverse considerazioni, potrebbe ritenere prevalente una circostanza aggravante rispetto a due o più circostanze attenuanti, ovvero ritenere prevalente una circostanza attenuante rispetto a due o più circostanze aggravanti. Per ulteriore approfondimenti sulla disciplina del concorso di circostanze, talora *invero* assai complicata, cfr., per tutti, PADOVANI, Diritto penale, cit, p. 319 ss; MANTOVANI, Diritto penale, cit, p. 424 ss.

dato che esistono anche circostanze a carattere tendenzialmente indefinito, cioè discrezionalmente individuabili dal giudice; tra di esse la categoria di gran lunga più importante è quella delle cosiddette circostanze attenuanti generiche, previste dall'art. 62 bis c.p.<sup>337</sup>, che ove riconosciute sussistenti, consentono al giudice di diminuire la pena fino ad un terzo.

Questa oltremodo sintetica esposizione della disciplina italiana delle circostanze – disciplina come visto improntata in linea di massima al principio di stretta legalità, e caratterizzato da una notevole complessità – aiuta a meglio comprendere i rapporti esistenti tra circostanze e principio di colpevolezza: rapporti anch'essi previsti esplicitamente dal codice all'art. 59 c.p. e venutisi modificando profondamente a seguito della riforma che questo articolo ha subito ad opera della l. 7 febbraio 1990, n. 19<sup>338</sup>.

Sino al 1990, infatti, il codice penale stabiliva che le circostanze operavano *obiettivamente*: con il risultato che gli aumenti o diminuzioni di pena ad essi ricollegati venivano applicati indipendentemente dal fatto che l'autore del reato fosse o meno consapevole della sussistenza delle circostanze in questione. L'esistenza di talune deroghe a questa rigorosa disciplina<sup>339</sup> non mutava significativamente il quadro complessivo, caratterizzato appunto dalla imputazione oggettiva delle circostanze<sup>340</sup>.

Come si è detto, questa rigorosa disciplina è stata radicalmente riformata nel 1990, sull'onda delle sempre più vivaci critiche della dottrina e più in generale degli operatori del diritto, che contestavano la stessa legittimità costituzionale della scelta legislativa di prevedere aumenti di pene nel caso in cui l'esistenza delle circostanze aggravanti fosse incolpevolmente ignorata dall'autore del reato. Oggi, quindi, la regola dell'imputazione oggettiva delle circostanze continua ad essere applicata solo ove essa risulti favorevole al reo, e cioè in relazione alle circostanze attenuanti.

---

337. In base al quale "Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste dall'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione di pena. Esse sono considerate, in ogni caso, ai fini della applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62".

338. Cfr., diffusamente e per tutti, MELCHIONDA, La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, p. 1443.

339. Per una sintetica elencazione di tali deroghe cfr., per tutti, MANTOVANI, Diritto penale, cit, p. 421 ss.

340. Così, ad esempio, fino al 1990 all'autore di un furto di gioielli preziosi veniva applicato l'aumento di pena previsto dalla circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c. p. ("l'aver...cagionato...un danno patrimoniale di rilevante gravità") anche se l'elevato valore dei gioielli era da questi ignorato. Analogamente, se l'autore del furto avesse erroneamente ritenuto di minimo valore le cose da lui rubate, non avrebbe comunque mai potuto usufruire della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c. p. ("l'aver ...cagionato...un danno di speciale tenuità").

La nuova redazione dell'art. 59 comma 1 c. p. ribadisce infatti che "le circostanze che attenuano .....la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti".

Per quanto concerne invece le circostanze aggravanti, in base al nuovo art. 59 comma 2 c. p. esse "sono valutate a carico dell'agente soltanto se a lui conosciute, ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa". Con riferimento a tali circostanze viene cioè introdotta la regola dell'imputazione almeno colposa<sup>341</sup>.

Tra gli effetti positivi della nuova disciplina dell'imputazione delle circostanze, va segnalato anche quello di aver in parte attenuato i problemi riscontrabili nei casi in cui risulti dubbia la qualificazione di taluni elementi del reato come costitutivi o come circostanziali; ormai infatti entrambe queste categorie di elementi risultano assoggettate, sia pure in modo non pienamente coincidente, al principio di colpevolezza<sup>342</sup>.

Per concludere, si può comunque affermare che il legislatore italiano, nell'assoggettare anche le circostanze del reato non solo al principio di legalità, ma anche a quello di colpevolezza, ha compiuto un evidente passo avanti nella prospettiva di garantire una migliore commisurazione della pena al complessivo disvalore (cioè al disvalore sia oggettivo che soggettivo) del singolo reato.

#### 4. UN PROBLEMA PECULIARE DEL SISTEMA CANADESE: L'AMPLIAMENTO DELL'AMBITO D'APPLICAZIONE DELLA VIOLENZA MORALE ATTRAVERSO IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

La *défense de contrainte morale* est reconnue en *common law*. Elle possède une portée beaucoup plus large que celle définie à l'article 17 du Code criminel<sup>343</sup>. Ainsi, elle est recevable à l'égard de toutes les infractions sauf le meurtre, la tentative de meurtre et certaines formes de trahison. De même, il est clair que la menace peut être dirigée contre un proche de l'accusé. L'auteur de la contrainte n'a pas à être présent mais celle-ci doit être immédiate en ce qu'il n'existe pas de possibilité raisonnable de se

341. Così, con riferimento all'esempio fatto alla nota precedente, l'autore di un furto di cosa di elevato valore subirà ormai l'aumento di pena previsto ai sensi dell'art. 61 n. 7 c. p. solo se il particolare valore della cosa sottratta era a lui noto, o se comunque egli - alla luce del caso concreto - era in condizione di conoscerlo o di valutarlo.

342. Occorre tuttavia riconoscere che, anche con la nuova disciplina, permangono taluni problemi di difficile soluzione in tema di imputazione delle circostanze. Cfr., ad esempio, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 317; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 422.

343. Voir l'exposé du juge Fish dans l'arrêt R. c. Langlois, précité, note 313.



soustraire au danger. Enfin, la *common law* prévoit que la victime doit faire preuve d'un courage raisonnable dans les circonstances.

Par contre, le *Code criminel* définit la défense de contrainte morale d'une manière particulièrement restrictive. En effet, l'article 17 prévoit ce qui suit:

«Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).»

La portée du moyen de défense est donc très réduite à plusieurs points de vue. Dans un premier temps, plusieurs infractions en sont exclues. Il n'est pas non plus évident que cette disposition s'applique lorsque les menaces ont été proférées à l'égard d'un proche de l'accusé, comme un membre de sa famille, plutôt que contre lui-même. Enfin, l'exigence du caractère immédiat de la menace par une personne présente rend exceptionnelle sa recevabilité. L'arrêt *R. c. Carker*<sup>344</sup> illustre bien cette situation. L'accusé avait été détenu avec un groupe de prisonniers qui avait organisé une mutinerie à l'occasion de laquelle chacun devait détruire les installations sanitaires de sa cellule. Lorsque l'ordre a été lancé, Carker, qui n'était pas membre du complot, n'a pas procédé à la destruction mais il s'y est résigné lorsque des personnes, dans d'autres cellules, l'ont menacé de représailles. La Cour suprême a jugé que la défense prévue à l'article 17 n'était pas recevable car la menace n'était pas immédiate, i.e. susceptible d'exécution sur-le-champ. Elle avait par ailleurs décidé que l'accusé ne pouvait invoquer la défense de *common law* car elle avait implicitement été abrogée par l'adoption de l'article 17, alors que le Parlement avait manifesté son intention d'en restreindre la portée.

En 1977, la Cour suprême a nuancé sa position. Elle a décidé, dans l'arrêt *R. c. Paquette*<sup>345</sup>, que l'article 17 ne visait que l'auteur réel d'une in-

344. *R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114.

345. *R. c. Paquette*, [1977] 2 R.C.S. 189.

fraction et non celui qui y devient partie par les règles de la complicité. Il en résultait que la défense de *common law* s'appliquait dans le cas de ce dernier. Bien qu'on pût se réjouir de cette libéralisation des règles de recevabilité de la défense, il en résultait un certain illogisme en ce qu'elle était régie de deux manières fort distinctes selon que l'accusé était auteur réel ou complice de l'infraction.

L'adoption de la Charte a fourni aux tribunaux l'occasion de remédier à cet état de choses. Dans l'arrêt *R. c. Langlois*<sup>346</sup>, la Cour d'appel du Québec a rappelé la règle, formulée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.B.)*<sup>347</sup>, à l'effet qu'il est contraire aux principes de justice fondamentale de punir une personne innocente, i.e. qui n'est moralement pas blâmable. Le juge Fish a conclu que l'article 17 du Code contrevient à l'article 7 de la Charte de deux façons. D'une part, il permet de déclarer coupables des accusés ayant agi sous le coup d'une menace qui, sans être immédiate ou proférée par une personne présente, aurait amené une personne raisonnable à se soumettre. D'autre part, l'article 17 rend la défense irrecevable à l'égard de certaines infractions même si la contrainte est telle que l'accusé n'était pas moralement blâmable. Il en résulte donc que cette dernière disposition doit être déclarée inopérante, ce qui rend recevable, en vertu du paragraphe 8(3) du Code, la défense de contrainte prévue par la *common law*. En effet, il n'existe dorénavant plus d'incompatibilité entre cette dernière et l'intention du Parlement.

La poursuite ayant décidé de ne pas porter l'affaire devant la Cour suprême du Canada, l'arrêt *R. c. Langlois*<sup>348</sup> représente donc l'état du droit sur la question. Il est à prévoir que le Parlement adoptera une modification à l'article 17 qui faisait déjà l'objet de nombreuses critiques.

## 5. LIGNORANZA DELLA LEGGE

### 5.1. Un diverso ambito di ammissibilità dell'ignoranza sulla legge penale.

#### A. In Canada: la rilevanza dell'errore invincibile in materia regolamentare.

En droit criminel canadien, l'ignorance de la loi ne justifie pas la commission d'une infraction<sup>349</sup>. Notre droit ne fait aucune distinction entre

346. Précité, note 313.

347. Précité, note 235.

348. Précité, note 313.

349. L'article 19 du Code criminel prévoit que: «[l']ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction».

l'ignorance de l'existence d'une loi et une erreur de droit, i.e. une erreur quant à la portée, au sens ou à l'application de la loi. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Molis*<sup>350</sup>, l'accusé fabriquait une substance chimique qui ne figurait pas, au moment où il avait commencé à la produire, parmi les drogues à utilisation restreinte prévues à l'annexe de la loi. Il était donc légal de la fabriquer dans la mesure où les différents règlements étaient respectés. Comme le législateur l'avait permis, l'annexe a subséquemment été modifiée par un règlement de sorte que la substance en question était dorénavant prohibée par la loi. La modification pertinente ayant été publiée dans la *Gazette du Canada* conformément aux exigences de la loi, l'accusé n'a pu soulever en défense son ignorance de cette modification à la portée de la loi.

Le législateur lui-même a reconnu le besoin d'une plus grande flexibilité dans l'interprétation de l'article 19 du Code en matière de règlements, ayant prévu par une loi que personne ne peut être puni par un règlement s'il n'a pas au préalable été publié dans la *Gazette du Canada*<sup>351</sup>. Toutefois, la Cour suprême a jugé que l'alinéa 11g) de la Charte n'exige pas qu'une loi soit publiée. Le juge Stevenson a par ailleurs expressément indiqué qu'il ne statuait pas sur la question de savoir si cette exigence peut être une règle de justice fondamentale en vertu de l'article 7<sup>352</sup>.

Par ailleurs, rappelons la théorie de l'imprécision en droit canadien dont nous avons traité plus avant, qui comporte un élément pertinent à notre propos. Il est maintenant acquis que la seule publication de la législation n'est plus suffisante pour remplir l'obligation d'accessibilité de la loi. Si, dans un premier temps, la connaissance de la loi suppose qu'elle ait été publiée — et souvent cette seule publication permettra aux citoyens d'assimiler la législation — il faut, dans un deuxième temps, que le texte lui-même donne un avis raisonnable de ce qu'il entend interdire.

La jurisprudence reconnaît une exception au principe de l'irrecevabilité de l'erreur de droit: elle concerne celle qui est provoquée par une information fautive ou erronée reçue d'un fonctionnaire responsable. La question a été soulevée par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. McDougall*, qui, sous la plume du juge Ritchie, a déclaré:

«[Qu']on envisage sans difficulté une situation où une infraction pourrait être commise par suite d'une erreur de droit "provoquée par un

350. Précité, note 43.

351. Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), c. S-22, art. 2(1)b), 11(2).

352. *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

fonctionnaire”[...] Cependant, rien n'indique que dans la présente affaire l'accusé a été induit en erreur par le registraire.»<sup>353</sup>

Le principe a été repris dans l'affaire *R. c. Cancoil Thermal Corp.* où la Cour d'appel de l'Ontario a permis la défense dans une affaire impliquant la modification des dispositifs de sécurité originaux d'une machinerie industrielle destinée à la coupe du métal<sup>354</sup>. Les responsables de la compagnie avaient retiré la gaine protectrice entourant la scie de la machine en question, suite à quoi un employé s'était sérieusement blessé. Toutefois, deux mois avant l'accident, un inspecteur du gouvernement chargé de l'application des lois relatives à la prévention des accidents au travail avait examiné la machine en question lors d'une visite de l'usine. On avait alors attiré son attention sur la modification apportée et, selon la preuve, l'inspecteur avait conclu que tout était en ordre. La Cour a décidé que la défense sera recevable si l'accusé démontre qu'il s'est fié à l'avis légal du fonctionnaire et que cela était raisonnable. À son tour, la détermination de ce qui est raisonnable dépendra des efforts pour connaître la législation pertinente, de sa complexité, de la pertinence et du degré hiérarchique du poste occupé par le fonctionnaire, de même que du caractère définitif et tranchant de son opinion. Dans l'arrêt *R. c. Forster*, le moyen avait également été soulevé mais, faute d'être soutenu par la preuve, la Cour suprême avait préféré ne pas se prononcer<sup>355</sup>.

### *B. In Italia: la rilevanza generalizzata dell'errore invincibile.*

Secondo la definizione tradizionalmente proposta dalla dottrina, l'ignoranza della legge penale - cui viene parificato l'errore su quest'ultima - sussiste in tutti i casi in cui l'agente realizza il fatto costituente reato, credendo erroneamente che non sia vietato.

Tale peculiare situazione, che può trarre origine dalla mancata conoscenza o dall'erronea interpretazione non solo della legge penale, ma anche di quella extrapenale cui la prima faccia eventualmente rinvio, risulta disciplinata dall'art. 5 c.p., il quale, nella sua originaria stesura, sanciva l'assoluta irrilevanza dell'errore o dell'ignoranza che avessero ad oggetto la norma penale.

La rigidità di tale previsione, i cui fondamenti storico-politici possono essere individuati vuoi nella necessità di affermare il primato della legge come espressione della sovranità dello Stato, vuoi nella presunzione “giu-

353. Précité, note 236, 613.

354. *R. c. Cancoil Thermal Corp.*, (1986) 27 C.C.C. (3d) 295 (C.A.O.). Au même effet, *R. c. Marcheland*, [1991] R.J.Q. 799 (C.S.). Voir aussi *R. c. Gravel Chevrolet Oldsmobile Inc.*, (1992) 8 C.R. (4d) 316 (C.A.Q.).

355. *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, 348-349.

snaturalistica" di conoscenza della norma penale, data la ritenuta universalità dei valori codificati, è stata naturalmente oggetto nel corso del tempo di severissime riserve da parte della dottrina.

A voler citare solo le più diffuse, potremmo ad esempio ricordare i dubbi a suo tempo espressi da un consolidato orientamento circa la compatibilità tra la norma suddetta e il principio di colpevolezza, accolto secondo i più nell'art. 27, comma 1°, Cost., secondo il quale "la responsabilità penale è personale".

Inoltre, veniva rilevato come l'irrogazione di una sanzione penale ad un soggetto non consapevole di realizzare un fatto costituente reato si potesse in attrito con il principio di rieducatività della sanzione espresso nell'art. 27, comma 3°, Cost.

Ancora, sempre sotto il profilo costituzionale, si obiettava come l'ineffettibile applicazione del principio "*error vel ignorantia legis non excusat*" potesse facilmente tradursi in una violazione dell'art. 3 Cost., giacché poteva concretarsi nell'applicazione di un medesimo trattamento sanzionatorio a soggetti attivatisi su presupposti assolutamente diversi.

Infine, in una diversa prospettiva, veniva sottolineato il carattere sostanzialmente illusorio della presunzione di conoscenza della legge penale nell'ambito di sistemi normativi aventi dimensioni indiscutibilmente ipertrofiche.

Anche la giurisprudenza, nel corso del tempo, tentava talora di mitigare l'assolutezza della previsione di cui all'originaria stesura dell'art. 5.

Per esempio, in tema di contravvenzioni, sulla scia di una sentenza delle sezioni unite della Cassazione risalente agli anni '60<sup>356</sup>, si formava un consolidato orientamento volto ad affermare la scusabilità della buona fede laddove vi fossero elementi che potessero ragionevolmente indurre l'agente ad una valutazione di liceità della propria condotta<sup>357</sup>.

Per quanto invece riguardava i delitti, la rilevanza della buona fede veniva drasticamente ridimensionata<sup>358</sup>, e veniva talora proposta una applicazione analogica dell'art. 48 c.p. (errore determinato dall'altrui inganno), ove vi fossero state erronee rassicurazioni rivolte all'agente circa la liceità del suo agire, da parte di soggetti istituzionalmente operanti nel settore interessato dall'incriminazione<sup>359</sup>.

356. Cass. SS.UU. 7/12/1963 In Giust. pen., 1964, p. 497.

357. Per un attento esame della buona fede nell'elaborazione giurisprudenziale cfr., in particolare, FORNASARI, Buona fede e delitti: limiti *normativi* dell'art. 5 c.p. e criteri di *concretizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p. 449.

358. Un raro esempio di applicazione del principio di buona fede in una prospettiva scusante nell'ambito delle fattispecie delittuose è costituito dalla sentenza 12/2/1986 del Tribunale di Milano, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p. 449.

359. In questo senso, cfr. Trib. Pisa 2/2/1982, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, p. 1630.

Il quadro appena delineato veniva completamente rivoluzionato nella primavera del 1988 dalla già citata sentenza n. 364 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non affermava la scusabilità dell'errore inevitabile.

I passaggi salienti della sentenza suddetta possono essere così sintetizzati:

- in primo luogo, la Corte affermava l'inaccettabilità sotto il profilo costituzionale delle ipotesi di responsabilità oggettiva "pura", caratterizzate da una totale irrilevanza del coefficiente psicologico tra il fatto e il suo autore. Viceversa, essa dichiarava compatibili con il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1) quelle fattispecie in cui fosse previsto l'accertamento del dolo, o quantomeno della colpa, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie;

- in secondo luogo, nell'ambito di una lettura dell'art. 27, comma 1 Cost. funzionalmente collegata ad altre norme costituzionali, la Corte evidenziava la sostanziale illusorietà della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3 Cost.), di fronte a responsabilità penali non sorrette dall'elemento della colpevolezza;

- procedendo nelle sequenze logiche, la Corte individuava poi quale fondamentale presupposto per una corretta operatività sia del principio di colpevolezza che di quello della rieducatività della sanzione, la conoscenza del precetto penale o, almeno, la possibilità di conoscerlo;

- in tale prospettiva, essa per un verso attribuiva allo Stato il dovere di rendere conoscibili le norme sia adempiendo all'obbligo della loro pubblicazione (art. 73 Cost.), sia costruendo le fattispecie incriminatrici in modo da renderne intelligibile il contenuto (art. 25, comma 2 Cost.); per altro verso addossava parallelamente ai cittadini un dovere di informazione, in esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.;

- effettuate tali premesse, la Corte concludeva per l'illegittimità dell'art. 5 c.p., la cui fissità non consentiva di differenziare il trattamento di situazioni sensibilmente diverse. In particolare, ciò che risultava irragionevole era da un lato, la sostanziale parificazione tra colui che avesse piena coscienza dell'illiceità del proprio agire e colui che viceversa tale consapevolezza non avesse; dall'altro lato, la mancata differenziazione tra colui che ignorasse senza sua colpa la contrarietà della propria condotta alla legge, e colui che al contrario avrebbe dovuto conoscerla;

- per quanto infine riguardava i criteri per stabilire l'eventuale "scusabilità" dell'errore o dell'ignoranza in cui fosse incorso l'agente, la Corte suggeriva tre possibili parametri:

- a) il primo, eminentemente oggettivo, consistente nell'impossibilità di conoscere la legge penale, o per una assoluta oscurità del testo legislativo, o per le interpretazioni assolutamente caotiche della giurisprudenza;

- b) il secondo, di carattere misto, consistente nel valutare le particolari

circostanze di fatto in cui maturava la deliberazione criminosa (per esempio, assicurazioni erronee di persone istituzionalmente chiamate a giudicare sui fatti);

c) il terzo, di natura sostanzialmente soggettiva, concretantesi nel riconoscere efficacia scusante agli stati personali di incolpevole carente socializzazione, in presenza di illeciti sforniti di un percepibile disvalore sociale.

A conclusione di questi brevi cenni, sembra opportuno segnalare che gran parte delle applicazioni giurisprudenziali che hanno seguito la decisione della Corte costituzionale riguardano effettivamente reati di mera creazione legislativa, spesso costruiti come illeciti di pura omissione, quasi sempre situati al di fuori del codice penale<sup>360</sup>.

## 5.2. Una soluzione analoga in caso di ignoranza della legge extra-penale: la sua eventuale assimilazione all'errore sul fatto.

*A. In Canada: una soluzione vieppiù recepita dalla giurisprudenza.*

Le principe voulant que «nul n'est censé ignorer la loi» ne s'applique pas uniquement au texte d'incrimination mais également à la loi secondaire. La Cour supreme a rappelé la règle dans l'arrêt *R. c. Forster*<sup>361</sup>, où l'accusée, une militaire, avait été trouvée coupable de s'être absentée de son poste sans permission, contrairement à l'article 90 de la *Loi sur la défense nationale*<sup>362</sup>. L'accusée avait soutenu croire honnêtement qu'elle avait démissionné des Forces armées et qu'elle n'avait pas à se rendre à son poste, tel que requis. La Cour supreme a conclu que ce n'est pas par erreur que l'accusée ne s'est pas présentée à son poste, puisque c'est délibérément qu'elle s'est absentée. La Cour a déclaré ceci:

«Son erreur a plutôt porté sur les conséquences juridiques de ses actes, parce qu'elle n'a pas compris qu'elle était toujours également tenue de se présenter à son poste, nonobstant ce qui était censé être sa démission écrite des Forces. Ainsi, bien qu'il se puisse qu'elle n'ait pas eu l'intention de commettre une infraction au droit militaire, cette absence d'intention résulte de son erreur quant à l'obligation juridique, qui lui incombait toujours de se présenter à son poste, que ce régime lui imposait jusqu'à ce qu'elle soit dûment libérée des Forces armées conformément aux [règlements].

360. Per un quadro generale degli orientamenti giurisprudenziali formatisi successivamente alla sentenza della Corte costituzionale, cfr. in particolare CADOPPI, Orientamenti *giurisprudenziali* in tema di "ignorantia legis", in *Foro it.*, 1991, II, p. 415.

361. Précité, note 355.

362. L.R.C. (1985), c. N-5.

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé: *Molis c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 356.»<sup>363</sup>

Dans l'arrêt *R. c. McDougall*<sup>364</sup>, la Cour suprême avait également refusé d'admettre le principe que l'erreur de droit secondaire puisse être assimilée à une erreur de fait et par voie de conséquence, constituer un moyen de défense recevable. Dans cette affaire, on reprochait à l'accusé, en vertu d'une loi provinciale, d'avoir conduit son véhicule alors que son permis de conduire était suspendu par l'effet d'une autre loi provinciale dont il ignorait l'existence. On a jugé que l'erreur du prévenu ne pouvait le disculper.

Toutefois, on accepte de plus en plus fréquemment que la loi secondaire constitue une question de fait qui peut donner ouverture à la défense d'erreur. Dans l'état actuel du droit, la jurisprudence reconnaît deux exceptions. Dans un premier temps, la Cour suprême a décidé que l'ignorance d'une loi provinciale permettait la défense d'erreur contre des accusations en vertu du droit fédéral lorsque ces dernières sont enclenchées en raison d'une infraction à la loi provinciale. Les affaires *R. c. Prue* et *R. c. Baril*<sup>365</sup> illustrent parfaitement cette situation. Dans ces affaires, entendues ensemble par la Cour, les accusés avaient subi leur procès pour avoir contrevenu au Code criminel, i.e. à une loi fédérale, en conduisant un véhicule automobile alors que leur permis était suspendu en vertu d'une loi provinciale. Les accusés ont plaidé qu'ils ignoraient que leur permis était suspendu et que cette erreur les avait empêchés de s'abstenir de conduire. La majorité de la Cour a décidé qu'on ne pouvait laisser les lois des provinces décider de l'application de la loi criminelle, qui est une juridiction exclusivement fédérale. Puisque la loi provinciale créait une infraction de responsabilité absolue, elle en faisait de même, quoique indirectement, pour l'infraction criminelle. La Cour n'a pas accepté cette interprétation et a plutôt conclu que l'ignorance de la loi provinciale équivalait à une erreur sur une question de fait.

La deuxième exception vise le cas où la nature de la mens rea exigée par le législateur est incompatible avec la bonne foi qui découlerait d'une erreur de droit. C'est notamment le cas en matière de vol alors que le Code exige, à l'article 322, que l'accusé ait agi frauduleusement et sans apparence de droit, en prenant le bien d'autrui. Il en résulte que la croyance en un

---

363. *R. c. Forster*, précité, note 355, 346.

364. Précité, note 236.

365. *R. c. Prue*; *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547.



droit légal, et non seulement moral, de prendre la chose confère une apparence de droit même si cette croyance découle d'une erreur de droit<sup>366</sup>. De même, la prise d'un bien sans malhonnêteté n'est pas frauduleuse<sup>367</sup>.

La Cour supreme a reconnu ce principe dans l'arrêt R. c. *Docherty* qui portait sur l'article 740 du *Code criminel*. Cette disposition crée l'infraction de *volontairement* violer une condition associée à une ordonnance de probation. Puisque toutes les ordonnances de probation comportent l'obligation de ne pas enfreindre la loi, on s'est donc posé la question de la relation entre cette infraction et l'article 19 du Code. La Cour supreme a reconnu que l'article 740 exige que le poursuivant démontre que l'accusé savait à la fois être sous le coup d'une ordonnance de probation et en violation de cette dernière. En ce sens, il s'agit d'une exception au principe de l'ignorance de la loi.

«Lorsque la connaissance constitue elle-même une composante de la *mens rea* nécessaire, l'absence de cette connaissance fournit un moyen de défense valable.»<sup>368</sup>

*B. In Italia: una soluzione prevista dal legislatore e disapplicata dalla giurisprudenza.*

In Italia il problema della rilevanza o meno dell'errore su legge extrapenale è stato ed è oggetto di accese dispute, costituendo uno dei principali momenti di discrasia tra dottrina e giurisprudenza<sup>369</sup>. Al centro di tali dispute è il comma 3° dell'art. 47 c. p., in base al quale "L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato".

Da sempre la dottrina, che ha dedicato a tale questione approfonditi studi<sup>370</sup>, concorda nel ritenere che tale disposizione costituisca una importante eccezione al principio generale secondo il quale l'ignoranza della legge non può essere invocata a propria scusa. In base all'art. 47 comma 3°, infatti, l'errore su legge extrapenale può costituire una valida scusa tut-

366. R. c. Howson, [1966] 3 C.C.C. 348 (C.A.O.); R. c. *Hemmerly*, (1977) 30 C.C.C. (2d) 141 (C.A.O.).

367. R. c. De Marco, (1974) 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A.O.).

368. R. c. *Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 914, 961.

369. Sul generale tema della "lontananza" tra dottrina e giurisprudenza nel sistema penale italiano cfr., Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991.

370. Fra i molti studi in materia cfr., in particolare, PALAZZO, L'errore sulla legge extrapenale, Milano, 1974; GRASSO, Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 138 ss.

te le volte in cui tale errore si traduca in un errore sul fatto anzichè in un errore sul precetto penale (cioè sul divieto sancito dalla norma penale).

Due esempi ricorrenti nella manualistica, relativi al reato di bigamia (art. 556 c. p.), possono aiutare a comprendere la differenza tra queste due contrapposte ipotesi, cioè come detto tra le ipotesi in cui l'errore sulla legge extrapenale si riflette sul fatto ovvero sul precetto. Nel primo esempio un soggetto contrae un nuovo matrimonio ritenendo di non essere più sposato a causa di un errore sulle norme civili in materia di matrimonio (in quanto, ad esempio, è erroneamente convinto che la separazione legale, o se si preferisce la sentenza straniera di divorzio non ancora deliberata in Italia, abbiano estinto il vincolo matrimoniale). Per tale soggetto l'errore sulla legge extrapenale si è tradotto in un errore sul fatto (di essere sposato), sicchè egli non vuole tenere il comportamento che configura il reato di bigamia (comportamento consistente, appunto, nel contrarre un secondo matrimonio essendo ancora legati al primo). Alla luce dell'art. 47 comma 3 c. p., dunque, il soggetto in questione non dovrebbe essere condannato per bigamia.

Nel secondo esempio un soggetto contrae un nuovo matrimonio consapevole della persistente validità del primo, ma nella convinzione che un secondo matrimonio sia a lui consentito dagli artt. 8 comma 1 Cost.<sup>371</sup> e 9 comma 1 CEDU<sup>372</sup> in tema di libertà religiosa; e ciò a causa del suo credo religioso, che ammette la poligamia. In tale soggetto l'errore sulla legge extrapenale si traduce in un errore non già sul fatto, ma sul precetto. Egli infatti "vuole" contrarre un secondo matrimonio nella persistenza del primo, vuole cioè avere due mogli: solo, è convinto che ciò sia a lui consentito dalla legge. In base all'art. 47 comma 3 c.p., questo errore sulla legge extrapenale risulterà irrilevante e il poligamo, nonostante l'erronea convinzione che nei suoi confronti l'art. 556 c.p. sia inapplicabile, sarà condannato. La sua situazione risulterà, pertanto, identica a quella di colui che, per errore sulla legge penale, contrae un secondo matrimonio nella convinzione che il reato di poligamia non esista.

Gli esempi appena fatti dimostrano con chiarezza come l'errore sulla

---

371. Secondo l'art. 8 comma 1 Cost. "Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge".

372. Secondo l'art. 9 comma 1 CEDU "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; questo diritto importa la libertà di cambiare religione o pensiero, come anche la libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, per mezzo del culto, dell'insegnamento, di pratiche e compimento di riti". Tuttavia, l'art. 9 comma 2 CEDU precisa: "La libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero non può essere oggetto di altre limitazioni oltre quelle previste dalla legge, e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà di altri".

legge extrapenale possa tradursi sia in un errore sul fatto sia in un errore sul precetto (cioè sul divieto). E la dottrina ha avuto modo di sottolineare come, escludendo la punibilità nella prima delle due ipotesi, l'art. 47 comma 3 altro non faccia se non confermare i principi generali in tema di dolo. Tale articolo infatti si limita a ribadire che non può essere punito a titolo di dolo chi ha voluto un fatto diverso da quello vietato; e ciò anche qualora l'errore sul fatto sia dovuto non già ad una errata percezione sensoriale della realtà extragiuridica, bensì alla errata interpretazione di una norma extrapenale. Così, per cambiare esempio, è evidente che non saranno condannati per furto, in quanto privi della volontà di appropriarsi della "cosa mobile altrui" quanti in treno prendano e portino con sé la valigia del vicino di scompartimento avendola scambiata per la propria (errore sul fatto). Del pari, non dovrebbero essere condannati quanti raccolgano ed utilizzino la legna secca giacente nel bosco altrui ritenendo, per errore sulla legge civile, che i rami caduti dagli alberi del bosco in questione siano *res nullius* (errore su una norma giuridica non penale, traducentesi in un errore sul fatto).

La dottrina ha avuto modo di sottolineare la ragione per la quale l'errore sul fatto (che può derivare come detto, da un errore sia su un dato della realtà extragiuridica, sia su un elemento normativo extrapenale) sia disciplinato in modo più favorevole dell'errore sul precetto: "solo.....chi versa in errore sul fatto.....non sa quello che fa. Chi versa in errore sul divieto, invece, sa quello che fa, anche se crede, erroneamente, che il fatto non ricada nell'ambito di un'incriminazione"<sup>373</sup>.

Per la dottrina, dunque, l'art. 47, comma 3°, c.p. assolve alla fondamentale funzione di circoscrivere l'irrilevanza dell'errore di diritto nei casi - non infrequenti - in cui tale errore, avendo ad oggetto una "legge diversa dalla legge penale", si traduca in un errore sul fatto. Purtroppo però in molte ipotesi concrete la distinzione tra errore sul fatto ed errore sul precetto perde di immediatezza, risultando oltremodo difficile stabilire se l'errore sulla legge extrapenale determini un errore dell'uno o dell'altro tipo<sup>374</sup>. La stessa dottrina, cosciente di ciò, si è dedicata ad una faticosa analisi delle diverse categorie di norme integratrici del precetto che possono risultare alla base dell'errore (quali ad esempio le stesse norme penali richiamate dal precetto penale, sovente assimilabili alle norme extrapenali, e le norme extragiuridiche d'ordine morale, sociale, culturale) e dei diversi tipi di errore che da esse possono derivare; ma non può disconoscersi che le conclusioni cui si è pervenuti risultino sovente tutt'altro che univoche.

373. FIORE, Diritto penale. Parte generale, vol. I, cit., p. 278.

374. Per taluni esempi in proposito cfr., in particolare, CONTENTO, Corso di diritto penale, cit., p. 428 ss.

Con ogni probabilità, l'indubbia difficoltà dei processi ermeneutici necessari a fare chiarezza in questa complicata materia, e gli stessi contrasti dottrinali sulle premesse teoriche in tema di errore sulla legge extrapenale, hanno largamente condizionato la giurisprudenza italiana; giurisprudenza, del resto, di per se stessa portata a circoscrivere al massimo le ipotesi di errore rilevante in sede penale, "onde evitare il rischio di un indebolimento della tenuta del sistema punitivo come conseguenza di facili assoluzioni"<sup>375</sup>. Si spiega così come nelle aule dei tribunali da sempre si tenda a dare all'art. 47, comma 3°, c. p. una interpretazione che, di fatto, assume i contorni di una tacita abrogazione.

I giudici, infatti, negano che l'errore sulla legge extrapenale si traduca in un errore sul fatto (negano cioè la rilevanza dell'errore) ogni volta che la legge in questione venga "incorporata" nel precetto. A sua volta - sempre secondo la giurisprudenza - tale "incorporazione" della legge extrapenale nella norma penale si realizzerebbe tutte le volte in cui la prima venga richiamata, esplicitamente o implicitamente, nella seconda, ovvero ne costituisca un presupposto. In tutti questi casi, quindi, la giurisprudenza ritiene che la legge extrapenale, divenendo parte integrante del precetto, non possa dar luogo se non ad errore sulla norma penale<sup>376</sup>. Ora, ben si può capire come questo radicato orientamento giurisprudenziale determini lo svuotamento del ruolo e del significato stesso dell'art. 47, comma 3°. Infatti, per indurre un qualsivoglia errore nel soggetto agente, la norma extrapenale deve essere necessariamente "richiamata" dalla norma penale, o comunque deve necessariamente "incorporarsi" in quest'ultima; con la conseguenza che l'errore sulla legge extrapenale si tradurrebbe sempre in un errore sul precetto e mai in un errore sul fatto.

A tutt'oggi le violente critiche mosse dalla dottrina alla teoria dell'"incorporazione" sono riuscite solo in minima parte a modificare l'atteggiamento di sostanziale rifiuto della Corte di cassazione a riconoscere l'eventuale rilevanza dell'errore sulla legge extrapenale, mentre la giurisprudenza di merito si è dimostrata talora più sensibile alle sollecitazioni della dottrina. Si tratta soltanto, sinora, di timide aperture, che vanno salutate con favore, quali espressioni di una "nuova"<sup>377</sup> tendenza alla valorizzazione della funzione garantista della colpevolezza nella teoria del reato.

---

375. HANDECA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 283.

376. Per taluni significativi esempi cfr., in particolare, LANZI, *L'errore su legge extrapenale. La giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47/3 c. p.*, in *Indice pen.*, 1976, p. 299 ss.; PULITANO, *Commentario breve al codice penale*, cit., sub art. 47, p. 147 ss.

377. "Nuova", quantomeno, rispetto all'esperienza applicativa relativa al nuovo codice penale. Durante la vigenza del codice penale italiano del 1889, all'errore su legge extrapenale veniva di frequente riconosciuta efficacia scusante, in nome dei principi generali in tema di volontà colpevole.

## 6. L'IMPUTABILITÀ

### A. In Canada: l'assenza di una disciplina legislativa unitaria.

Au Canada, le Parlement n'a pas reconnu explicitement ni développé une théorie de l'imputabilité. Le *Code criminel* est muet sur cette notion à laquelle le législateur italien accorde une grande importance. Fidèle à la méthode de *common law*, nos tribunaux ont reconnu un certain nombre de moyens de défense découlant de l'incapacité de faire des choix. Le législateur a ensuite choisi d'en codifier quelques uns, soit en entérinant les règles jurisprudentielles, soit en les modifiant.

Cela ne veut pas dire que la doctrine, et même la jurisprudence, ne connaît pas cette notion de capacité mais il s'agit plutôt d'une tentative de systématisation juridique que d'une reconnaissance d'une catégorie spécifique de moyens de défense. À cet égard, la Cour suprême a refusé de conférer une portée juridique à cette notion de capacité dans l'arrêt *R. c. Chaulk*<sup>378</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a été appelée à statuer sur la validité du paragraphe 16(4) (devenu 16(3)) du *Code criminel* qui impose à l'accusé qui invoque son aliénation mentale, le fardeau d'en faire la preuve d'une manière prépondérante, plutôt que par un doute raisonnable. L'accusé soutenait que cette disposition violait la présomption d'innocence, garantie par l'alinéa 11d) de la Charte, en lui imposant l'obligation de prouver un moyen de défense niant sa culpabilité. La juge McLachlin, avec le concours de ses collègues L'Heureux-Dubé et Gonthier, a déclaré que le paragraphe 16(4) ne viole pas la présomption d'innocence car la santé mentale constitue un prérequis à la responsabilité pénale, en ce sens que qu'elle permet à l'individu de choisir librement de commettre l'infraction. À défaut de santé mentale, les questions de *l'actus reus* et de la *mens rea* ne se posent pas. Il en résultaient, selon eux, que nonobstant le paragraphe 16(4) du Code, la Couronne conserve le fardeau de démontrer hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction ainsi que l'inexistence des moyens de défense soulevés par l'accusé.

Les six autres membres de la Cour ont rejeté cette approche. Le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit:

La défense d'aliénation mentale [...] peut, dans un cas particulier, donner lieu à une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*. Ainsi, l'accusé pourrait prétendre que sa condition mentale était telle qu'il n'agissait

---

378. *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

pas consciemment au moment où a été perpétré le crime reproché. Cette allégation s'apparente à celle d'automatisme démentiel, laquelle nie l'élément essentiel du caractère volontaire de l'actus reus en raison d'une cause interne – la maladie mentale de l'accusé [...]. L'accusé pourrait aussi faire valoir que sa condition était telle que, tout en agissant consciemment et volontairement, il n'avait pas la *mens rea* requise. Une personne inculpée de meurtre pourrait, par exemple, prétendre qu'au moment où consciemment et volontairement elle faisait l'acte de trancher, elle croyait qu'elle tranchait un pain en deux alors qu'en fait elle tranchait la tête de la victime [...]. En pareil cas, la défense d'aliénation mentale se traduit par une négation de la *mens rea*, l'accusé n'ayant eu aucune intention de causer la mort. Ou encore, une personne inculpée de meurtre pourrait soutenir que même si, consciemment et volontairement, elle a posé l'acte de tuer et qu'elle désirait causer la mort de la victime, c'est que sa condition mentale l'avait portée à croire sincèrement que la victime était l'incarnation du mal et qu'elle détruirait la terre entière si elle ne la tuait pas. Dans ce cas, la défense d'aliénation mentale se traduit non pas par une négation de l'actus reus ou de la *mens rea*, mais plutôt par un moyen de la nature d'une excuse ou d'une justification fondée sur le fait que la condition mentale de l'accusé l'avait rendu incapable de savoir que son acte était mauvais.<sup>379</sup>

Ils ont en conséquence considéré que l'aliénation mentale est un moyen de défense qui, au même titre que les autres, est assujetti à la garantie prévue à l'alinéa 11d) de la Charte<sup>380</sup>. On constate donc que le concept de capacité, ou d'imputabilité, n'a pas reçu la sanction jurisprudentielle.

#### B. In Italia: una organica disciplina codicistica.

Nel codice penale italiano, l'imputabilità – che secondo un consolidato orientamento dottrinale costituisce un presupposto della colpevolezza – risulta disciplinata nell'ambito del titolo IV del libro I, e più precisamente negli artt. 85-98.

Il primo comma dell'art. 85 definisce il ruolo dell'imputabilità, statuendo che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se al momento in cui lo ha commesso non era imputabile".

Il secondo comma dello stesso articolo ne indica invece il contenuto, identificandolo nella capacità di *intendere* e di *volere*.

Secondo una usuale lettura della norma, la *capacità di intendere* andrebbe interpretata come attitudine del soggetto a rendersi conto della realtà esterna e del valore delle proprie azioni; la *capacità di volere*, invece, viene per lo più identificata nella capacità di autodeterminazione dell'agente.

379. *Id.*, 1321-1322.

380. Il faut cependant mentionner que cinq de ces juges ont conclu que le paragraphe 16(4) constitue, au sens de l'article premier de la Charte, une restriction raisonnable de la garantie prévue à l'alinéa 11d).

Si noti peraltro che, al di là del dato testuale, l'art. 85 c.p. non ha inteso introdurre una indefettibile equazione tra la capacità di intendere e di volere e l'assoggettabilità alla pena: come si evince infatti chiaramente dalla disciplina complessiva dell'istituto (ed in particolare dagli artt. 87, 92, 93, 94 c.p.), risponde del reato anche colui che, pur essendo incapace al momento della realizzazione dell'illecito, *si era dolosamente o colposamente procurato lo stato di incapacità*.

Le cause che possono incidere sulla capacità di intendere e di volere dei singoli sono indicate dal legislatore negli artt. 88 ss. c.p., con una elencazione che buona parte della dottrina non considera tassativa, bensì suscettibile di applicazione analogica: applicazione analogica che in questo ambito risulta legittima, in quanto operante in senso favorevole all'autore.

Ferma restando la complessità della disciplina sulla quale ci soffermeremo tra breve, si può sin d'ora rilevare come tali cause siano essenzialmente riconducibili ai seguenti fattori: minore età, vizio di mente, azione dell'alcool e degli stupefacenti, sordomutismo.

### 6.1. La minore età.

*A. In Canada: la responsabilità penale del minore ultradodicesimo nel quadro di una procedura speciale.*

Au Canada, en matière civile comme criminelle, la loi fixe l'âge minimum en deçà duquel un individu ne peut être recherché pour sa responsabilité. En droit criminel, l'article 13 du *Code criminel* prévoit que:

«Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans.»

Il n'en résulte pas que la personne âgée de plus de douze ans doive se soumettre aux dispositions du *Code criminel* en son entier. Comme toute personne, les adolescents sont soumis aux mêmes interdictions que les adultes. Cependant, il existe une loi établissant un régime spécifique aux jeunes de moins de dix-huit ans. Jusqu'à cet âge, la personne est assujettie à la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>381</sup>. En effet, l'article 2 de la loi définit ce qu'est un «adolescent»:

«Toute personne qui, étant âgée d'au moins douze ans, n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans ou qui, en l'absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites, ainsi que, lorsque le contexte l'exige, toute personne qui, sous le régime de la présente loi, est soit accusée d'avoir commis une infraction durant son adolescence, soit déclarée coupable d'une infraction.»

---

381. L.R.C.(1985), c. Y-1 (ci-après citée «L.J.C.»).

Le régime particulier de cette loi comporte de multiples facettes. Nous en retiendrons quatre que nous commenterons. En premier lieu, notons que l'application de cette loi est assurée par un tribunal différent de celui des adultes. Deuxièmement, la loi consacre une attitude quelque peu protectionniste envers les adolescents qui sont soumis à la loi. Le troisième aspect particulier à ce régime est la possibilité de recourir à une procédure parallèle au système judiciaire pour disposer d'un dossier; ce sont les mesures de rechange. Enfin, le quatrième aspect, et sans doute le plus important, se reflète dans la structure des peines prévue à la loi. En effet, si les jeunes sont jugés pour les mêmes actes criminels que les adultes, les peines, elles, sont très différentes.

L'article 2 de la loi prévoit qu'un tribunal est désigné pour exercer les attributions du «tribunal pour adolescents» aux fins d'application de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Au Québec, il s'agit de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec et sa compétence est exclusive<sup>382</sup>. En effet, le paragraphe 5(1) de la loi édicte que:

«Nonobstant toute autre loi fédérale mais sous réserve de la Loi *sur* la défense *nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence [...]»

L'attribution d'une compétence exclusive à un tribunal «spécialisé» démontre la reconnaissance par le législateur de la problématique particulière de la délinquance juvénile et une volonté d'atteindre efficacement des objectifs spécifiques.

En deuxième lieu, si l'attitude paternaliste des tribunaux à l'égard des jeunes contrevenants n'est plus ce qu'elle a déjà été sous le régime de la loi précédente<sup>383</sup>, il n'est pas faux de dire que la loi se préoccupe beaucoup de

---

382. Le paragraphe 5(3) de la L.J.C. prévoit même que les poursuites intentées sous le régime de la L.C.J. contre un adolescent peuvent, à tous égards, se continuer après qu'il a atteint l'âge adulte, comme s'il était demeuré adolescent. Le paragraphe 47(2) de la L.J.C. prévoit également que le «tribunal pour adolescents» a juridiction exclusive pour juger tout outrage au tribunal, in ou ex facie, commis par un jeune à son égard. Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel c. Simpson*, précité, note 19, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré cette disposition *ultra vires* puisqu'il s'agit d'une juridiction que la Constitution réserve à la Cour supérieure de façon exclusive. Voir nos commentaires sur l'outrage au tribunal.

383. Loi sur *Zs* jeunes délinquants, S.R.C. (1970), c. J-3. Cette loi, adoptée en 1906, reflétait une conception paternaliste du juge face au problème de la délinquance. Pour certains critiques, le jeune délinquant ne faisait pas suffisamment face à la responsabilité de ses actes, ce qui donna lieu à l'adoption de la loi actuelle.



la situation sociale du jeune contrevenant. Comme toute loi pénale, elle prévoit une intervention répressive mais, en revanche, garde en vue l'intégration sociale du jeune qui est inévitable à moyen et long terme. Cela se traduit, entre autres, par l'énonciation de principes qui doivent guider les intervenants et les interventions auprès des jeunes<sup>384</sup>. Parmi ceux-ci, notons que la loi reconnaît que la responsabilité du jeune, bien que réelle, n'est pas toujours équivalente à celle de l'adulte<sup>385</sup>. Elle reconnaît, d'une part, le besoin de protection sociale<sup>386</sup> et, d'autre part, le besoin de rééducation du jeune. Le législateur a donc souhaité des interventions où se marieront à la fois la discipline, la coercition, le traitement et l'aide<sup>387</sup>. Mentionnons les mesures de rechange et les périodes de détentions écourtées prévues à la loi, dont nous discuterons plus loin, qui illustrent le souci de «donner une chance» au jeune de se racheter. En outre, les exigences particulières afin de s'assurer que le jeune contrevenant comprenne bien son droit à l'assistance d'un avocat<sup>388</sup>, la possibilité pour le juge d'obtenir des rapports médical et psychologique au sujet du jeune<sup>389</sup> et l'obligation, dans certains cas, de demander un rapport prédécisionnel<sup>390</sup> sont parmi les indications d'une loi soucieuse de protéger le jeune contrevenant, tout en permettant la protection sociale que les comportements criminels exigent.

En troisième lieu, les mesures de rechange reflètent bien l'idée que la délinquance juvénile est souvent une «folie de jeunesse» ou, au pire, que le jeune contrevenant se situe plutôt en début de «carrière criminelle». Aussi, un processus parallèle au processus judiciaire conventionnel est prévu par la loi. L'article 4 prévoit que chacune des provinces peut mettre sur pied un programme de mesures alternatives. La participation du jeune doit être volontaire et il doit admettre sa responsabilité quant à l'acte reproché<sup>391</sup>. En outre, la preuve doit être réelle et suffisante pour permettre une condamnation si le jeune était traduit devant les tribunaux<sup>392</sup>. Une fois les conditions rencontrées, le programme permet à l'adolescent de réparer le tort causé à la société à travers des travaux communautaires ou une restitution à la victime. S'il respecte ses engagements, il ne sera pas poursuivi. L'objectif d'éducation demeure le cœur de ces programmes.

---

384. Art. 3 L.J.C.

385. Al. 3a) L.J.C.

386. Al. 3b) L.J.C.

387. Al. 3c) L.J.C.

388. Art. 11 L.J.C.

389. Art. 13 L.J.C.

390. Art. 14 et 16 L.J.C.

391. Al. 4(1)c) et e) L.J.C.

392. Al. 4(1)f) L.J.C.

Enfin, nous ne pouvons ignorer la structure des peines fort différente de la *Loi sur les jeunes contrevenants*<sup>393</sup>. Entre autres, la période maximale de détention, pour tous les délits, est radicalement écourtée. La loi prévoit une période d'incarcération d'une durée maximale de trois ans<sup>394</sup>, pouvant à certaines conditions être prolongée de deux années<sup>395</sup>. Dans le cas d'une infraction qui prévoit l'emprisonnement à perpétuité pour l'adulte, on constate immédiatement l'écart. Les amendes sont également limitées et ne peuvent dépasser 1000 \$ dans tous les cas<sup>396</sup>. Le lot des peines prescrites concernent davantage des services communautaires ou des ordonnances de restitution à la victime. Il s'agit donc clairement de peines moins importantes.

C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur a prévu un mécanisme qui permet de déférer un jeune contrevenant aux tribunaux pour adultes. En effet, l'article 16 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* prévoit, au paragraphe (1), que l'adolescent âgé de quatorze ans ou plus, à qui on reproche un acte criminel autre que ceux énumérés à l'article 553 du *Code criminel*<sup>397</sup>, peut être renvoyé par le tribunal pour adolescents devant la juridiction normalement compétente, soit les tribunaux pour adultes. La demande peut provenir de l'adolescent ou de son avocat ou encore du ministère public. Il revient alors au juge, après avoir donné aux père et mère de l'adolescent l'occasion de se faire entendre, de soupeser les différents facteurs énumérés dans la loi. Mais en définitive, il doit être satisfait, sans plus, de la nécessité de renvoyer à la juridiction pour adultes<sup>398</sup>. Il doit tout de même fonder sa décision en tenant compte de l'intérêt de la société et notamment, de la protection du public et de la réinsertion sociale de l'adolescent. S'il est impossible de concilier ces deux facteurs tout en maintenant l'adolescent sous la juridiction de la Chambre de la jeunesse, le jeune accusé doit être renvoyé devant le tribunal pour adultes<sup>399</sup>. Le juge doit également tenir compte des facteurs suivants:

- «a) la gravité de l'infraction et ses circonstances;
- b) l'âge, le degré de maturité, le caractère et les antécédents de l'adolescent [...];
- c) l'opportunité, compte tenu des circonstances de l'espèce, de sou-

---

393. Art. 20 L.J.C. et ss.

394. Al. 20(1)k) L.J.C.

395. Al. 20(1)k.1) L.J.C.

396. Al. 20(1)b) L.J.C.

397. Essentiellement des infractions reliées à la propriété et aux moeurs (jeux et paris).

398. R. c. M. (S.H.), [1989] 2 R.C.S. 446.

399. Par. 16(1.1) L.J.C.

mettre l'adolescent à la présente loi ou au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale [...];

d) l'existence de moyens de traitement ou de réadaptation;

e) les observations qui lui ont été présentées par l'adolescent ou en son nom, par le procureur général ou par le représentant de celui-ci;

f) tous autres éléments qu'il considère pertinents.»<sup>400</sup>

La Cour suprême du Canada a toutefois précisé que la loi n'exige pas qu'une cour donne un poids équivalent à tous ces facteurs. La gravité du geste, comme le meurtre avec préméditation, peut parfois l'emporter sur tout autre facteur<sup>401</sup>.

En pratique, cette disposition donne lieu à des débats dont l'enjeu est très important puisque, comme nous l'avons vu, l'alinéa 20(1)k.1 de la loi prévoit une peine maximale d'incarcération de cinq ans moins un jour<sup>402</sup>. Lorsque la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné la validité constitutionnelle de l'article 16, elle a maintenu la disposition et a conclu qu'il n'y avait pas de violation aux articles 7 et 11d) de la Charte<sup>403</sup>.

Enfin, mentionnons que la révision de la décision revient aux cours d'appel<sup>404</sup>. Ces dernières ont toute la discrétion pour maintenir, annuler ou modifier de quelque manière la décision rendue en première instance. À cet égard, le rôle des cours d'appel n'est pas limité à corriger les erreurs manifestes ou les excès de juridiction; elles peuvent se prononcer sur le bien-fondé de la décision<sup>405</sup>.

*B. In Italia: il necessario accertamento della capacità di intendere e di volere per il minore ultraquattordicenne.*

La minore età del soggetto attivo del reato può, evidentemente, incidere sulla sua capacità di intendere e di volere.

A tale proposito, il codice penale ha dettato una disciplina composita, articolata nei punti seguenti:

- il minore infraquattordicenne non è mai imputabile: l'art. 97 c.p. stabilisce infatti a suo favore una *presunzione di incapacità assoluta*;
- il minore che ha compiuto i quattordici anni ma non ha ancora com-

---

400. Par. 16(2) L.J.C.

401. R. c. L. (J.E.) [1989] 2 R.C.S. 510.

402. Le législateur a fixé une peine maximale inférieure à cinq ans pour que la disposition ne soit pas assujettie à l'alinéa 11f) de la Charte qui garantit le droit au jury dans un tel cas.

403. R. c. L.A.M., (1987) 33 C.C.C. (3d) 364 (C.A.C.B.).

404. Par. 16(9) L.J.C.

405. R. c. M. (S.H.), précité, note 398; R. c. L. (J.E.), précité, note 401.

più i diciotto è imputabile qualora venga accertato che al momento della commissione del fatto aveva la capacità di intendere e di volere (ma in tal caso la pena è diminuita: art. 98);

- infine, il soggetto che ha già compiuto i diciotto anni è presunto dalla legge imputabile qualora non risulti esistente alcuna delle ulteriori cause che escludono la capacità di intendere e di volere.

Per quanto concerne dunque specificamente l'imputabilità dei minori, la necessità di un suo concreto accertamento si pone, come si è visto, nei confronti di coloro che si trovano in una età compresa tra i quattordici e i diciotto anni.

In proposito, l'art. 9 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 sui processi minorili ha statuito che "il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità".

Lo stesso articolo prevede altresì che agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possano assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

Si noti peraltro che l'inderogabilità di tale accertamento era stata affermata dalla giurisprudenza anche anteriormente all'entrata in vigore della normativa dell'88, vuoi attribuendo al giudice l'obbligo di procedervi d'ufficio indipendentemente dall'attività della difesa e dell'accusa, vuoi affermando l'inammissibilità a tale fine di un esclusivo ricorso ad indici perisuntivi, quali ad esempio la gravità del reato<sup>406</sup>.

L'accertamento dell'imputabilità del minore può essere realizzato con ogni mezzo, non essendo il giudice vincolato ad effettuare indagini peritali o comunque altri accertamenti di carattere tecnico: in passato, addirittura, la Cassazione ha ripetutamente affermato che il giudice poteva trarre validi argomenti ai fini del suo convincimento anche semplicemente dalla condotta tenuta dal minore durante la realizzazione del reato, o persino nelle fasi di svolgimento del processo<sup>407</sup>.

Occorre peraltro sottolineare come una simile posizione non possa ritenersi completamente appagante, ed anzi abbia suscitato vivaci perplessità non solo in dottrina, ma anche in altra giurisprudenza della stessa Cassazione: in proposito, si è infatti osservato che una indagine condotta sommariamente dal giudice sulla base di pochi e parziali elementi non sembra in grado di rispettare adeguatamente quelle esigenze di individua-

---

406. Trib. min. Bari 21/6/1974, in *Dir.fam.*, 1975, p. 202.

407. Cfr. per esempio Cass. 13/2/1981, in *Cass.pen.* 1982, p. 477; Id., 11/7/1991 in *Cass.pen.*, 1991, fasc. 12, 3 (m).

lizzazione del trattamento penale e recupero del minore imposte da un diritto penale minorile moderno.

Ferma restando dunque la libertà del giudice di avvalersi o meno dell'indagine peritale, è stata giudizialmente affermata l'insufficienza di un accertamento che risulti fondato sui soli elementi raccolti dal giudice durante l'interrogatorio dell'imputato e l'audizione dei testi, ovvero riferiti dall'autorità di pubblica sicurezza<sup>408</sup>.

Per quanto concerne infine il contenuto della valutazione di imputabilità del minore, dottrina e giurisprudenza sono per lo più propensi ad individuarlo nel concetto di maturità mentale. Come affermato testualmente dalla Cassazione, nei minori "la capacità di intendere di volere ... si identifica con il concetto di maturità, ossia con lo sviluppo intellettivo e la forza di carattere, la capacità di intendere certi valori etici, l'attitudine a distinguere il bene dal male, il lecito dall'illecito, nonché a determinarsi nella scelta dell'uno o dell'altro"<sup>409</sup>.

Tale valutazione deve essere fatta in concreto, con riferimento alla specifica fattispecie criminosa realizzata dal minore; il che più precisamente significa, come asserito dalla giurisprudenza, che il giudice dovrà verificare "se nei confronti di quello specifico reato commesso il minore avesse raggiunto quel relativo grado di maturità sufficiente a rendersi conto della gravità dell'atto compiuto e di valutarne le conseguenze, indirizzando la sua volontà in una direzione scelta con raziocinio"<sup>410</sup>.

Da quanto appena asserito, si può agevolmente dedurre che l'imputabilità del minore può essere ritenuta sussistente con riferimento a certi reati ed essere esclusa per altri: la giurisprudenza prevalente tende comunque ad affermare l'imputabilità del soggetto laddove i fatti delittuosi commessi si contraddistinguano per la loro rilevante gravità<sup>411</sup>; anche se la semplice gravità del reato commesso non può comportare automaticamente l'affermazione dell'imputabilità<sup>412</sup>.

Una volta riconosciuta l'eventuale incapacità di intendere e di volere del minore, questi dovrà essere prosciolto in ragione della sua inimputabilità; e qualora venga accertata la sua pericolosità sociale potrà essere disposta la misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (che a norma dell'art. 36 del D.P.R.448/1988 viene applicata soltanto in relazione ai più gravi delitti e deve essere eseguita nella forma del collocamento in comunità) ovvero la misura della libertà vigilata, alla quale possono essere asso-

---

408. Sul punto, cfr. ad esempio Cass. 7/2/1978 in *Giur.it*, 1979, II, p. 16, ma anche Cass. 19/1/1982, in *Cass.pen.*, 1983, p. 291.

409. Cass. 11/1/1988, in *Giust.pen.*, 1989, II, 227 (m).

410. Trib.min. Roma 5/12/1978, in *Giur.mer.*, 1979, p. 376.

411. Cfr. ad esempio Cass. 5/10/1978, in *Riv.pen.*, 1979, p. 612.

412. In questo senso, anche Cass. 9/1/1985, in *Riv.pen.*, 1985, 1027 (m).

ciate specifiche prescrizioni concernenti l'attività di studio, di lavoro, o altre attività strumentali alla sua educazione<sup>413</sup>.

Qualora poi non venisse applicata la misura di sicurezza, si potrebbe disporre nei confronti del minore la misura rieducativa dell'affidamento al servizio sociale minorile o del collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psico-pedagogico (art. 26 legge trib. minorenni).

Ben diversa ipotesi è infine quella del minore che risulti essere affetto da vera e propria infermità mentale ovvero abbia commesso il reato in uno stato di cronica intossicazione da alcool o da stupefacenti ovvero ancora risulti essere incapace a causa di sordomutismo: in tali ipotesi, ai sensi dell'art. 222, comma 4 c.p. potrà essere disposto l'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario.

Sotto il profilo processuale, merita di essere segnalato che anche nel sistema italiano, come in quello canadese, l'accertamento della responsabilità penale dei minori è demandato ad organi "specializzati" della giurisdizione ordinaria, e cioè, per quanto attiene specificamente alle competenze decisorie, al tribunale per i minorenni. Tale tribunale risulta composto, oltre che da magistrati "togati", da "due cittadini, un uomo e una donna, benemeriti dell'assistenza sociale scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età" (art. 2, r.d.l. 201711934, n. 1404).

Il procedimento penale che si svolge dinanzi al suddetto organo giurisdizionale è disciplinato da norme speciali dettate dal legislatore allo scopo di salvaguardare il più possibile le esigenze educative del minore (cfr., in particolare, le disposizioni introdotte dal d.P.R. 22/9/1988, n. 448, nonché le relative norme d'attuazione contenute nel d.lgs. 28/7/1989, n. 272).

Tra queste, sembra opportuno segnalare soprattutto quella prevista dall'art. 27 del succitato d.P.R. 448/88 (così come modificata dall'art. 1 della l. 5/2/1992, n. 123), che consente al giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando risulti che la prosecuzione del procedimento penale possa pregiudicare le esigenze educative del minore.

## 6.2. L'infermità mentale.

*A. In Canada: la preminente funzione di difesa sociale nelle soluzioni legislative e giurisprudenziali.*

Jusqu'en 1991, le *Code criminel* prévoyait une défense d'aliénation mentale qui employait une terminologie ancienne et une procédure qui n'a

---

<sup>413</sup>. In argomento, cfr., per tutti MUSCO, Misure di sicurezza, in *Enc.giur.* Treccani, XX, 1990, p. 1.

pas résisté à un examen en vertu de la Charte. En effet, dans l'arrêt *R. c. Swain*<sup>414</sup>, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnels deux aspects de ce moyen de défense issus de la *common law*. Swain avait été arrêté et accusé de voies de fait en octobre 1983. Pendant une période d'un mois, il a séjourné dans un «hôpital psychiatrique sécuritaire», une institution qui est souvent assimilée à un pénitencier. Pendant près de dix-huit mois, Swain a ensuite attendu son procès en liberté. Au procès, alors même que l'accusé n'avait pas l'intention de l'invoquer, la poursuite a questionné la capacité mentale de l'accusé et demandé un examen médical.

Deux questions de violation à la Charte ont été soulevées. Dans un premier temps, on a plaidé que la possibilité que la poursuite puisse invoquer l'aliénation mentale de l'accusé violait plusieurs droits de la Charte, dont celui de la défense d'avoir le plein contrôle de sa stratégie. Dans un deuxième temps, on a fait valoir que la détention automatique, qui suivait un verdict positif à la première question<sup>415</sup>, violait la protection contre la détention arbitraire prévue à l'article 9 de la Charte.

La Cour suprême a conclu en faveur de l'accusé sur les deux points. Quant au premier, la Cour a décidé que la possibilité d'invoquer l'aliénation mentale<sup>416</sup> fait partie des moyens de défense de l'accusé en ce qu'elle constituait un moyen d'exemption de la responsabilité criminelle<sup>417</sup>. Cependant, la poursuite pourra la prouver dans deux situations: lorsque l'accusé met en cause son état mental ou après un verdict de culpabilité. De cette façon, le contrôle de la défense de l'accusé n'est pas atteint et on répond à un besoin de protection sociale contre les individus ayant possiblement besoin de traitement. Quant au deuxième point, la Cour, constatant que le Code ne prévoyait d'audition d'aucune sorte avant l'incarcération, a conclu que cela violait à la fois les articles 7 et 9 de la Charte puisqu'il s'agissait d'une étape essentielle maintenant protégée par les principes de justice fondamentale. En fait, la Cour a convenu que tous les aliénés mentaux n'étaient pas forcément dangereux au point d'exiger automatiquement l'incarcération. L'incarcération automatique violait donc l'article 9 de la Charte. Vu l'instabilité importante qu'aurait créée une déclaration d'inconstitutionnalité des méthodes et dispositions légales en ce domaine, la Cour a préféré accorder au législateur une période de transition pendant laquelle il pouvait adopter un régime conforme à la Charte.

---

414. *R. c. Swain*, précité, note 68.

415. Il s'agissait de l'article 614 du Code qui le prévoyait. Cet article est maintenant abrogé.

416. Selon la vieille terminologie. Le Code parle maintenant de trouble mental.

417. *R. c. Swain*, précité, note 68, 972.

Le législateur est donc intervenu et a adopté un imposant régime législatif, prévoyant l'utilisation du moyen de défense par la poursuite, l'audition avant l'incarcération, des dispositions concernant le traitement psychiatrique obligatoire, ainsi qu'une procédure de révision périodique de la détention<sup>418</sup>. Nous examinerons dans ses grandes lignes ce nouveau régime mais nous définirons d'abord les concepts entourant la défense de troubles mentaux. Notons que si les termes ont changé, plusieurs ne font que reprendre les concepts développés bien avant l'entrée en vigueur de la Charte et la réforme du régime.

Au Canada, toute personne est présumée ne souffrir d'aucun trouble mental qui l'exempterait, le cas échéant, de sa responsabilité criminelle<sup>419</sup>. Le *Code criminel* prévoit également que toute personne est présumée apte à subir son procès<sup>420</sup>. En conséquence, le paragraphe 16(3) du Code prévoit expressément que la partie qui désire soulever que l'accusé était affecté de troubles mentaux doit le prouver par la balance des probabilités<sup>421</sup>. Le Code définit les troubles mentaux comme une maladie mentale, reprenant indirectement mais sûrement l'ancienne terminologie<sup>422</sup>. C'est la Cour suprême qui a défini la maladie mentale:

«En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants<sup>423</sup>, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion. Afin d'appuyer une défense d'aliénation mentale, la maladie doit, bien sûr, être d'une intensité telle qu'elle rende l'accusé incapable de juger la na-

---

418. Partie XX.I du Code criminel.

419. Par. 16(2) C.cr. Le concept d'*exemption* de responsabilité a été utilisé par la Cour suprême dans les arrêts R. c. Swain, précité, note 68 et R. c. Chaulk, précité, note 378.

420. Art. 672.22 C.cr. L'article 2 du Code définit ce qu'est l'incapacité à subir son procès:

«Incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de:

- a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites;
- b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites;
- c) communiquer avec son avocat.»

421. Par. 16(2) C.cr.

422. Art. 2 C.cr.

423. Il faut toutefois se rappeler, comme nous l'avons déjà souligné, que la consommation excessive d'alcool ou de stupéfiants qui entraîne des troubles pathologiques permanents, donne ouverture à une défense d'aliénation mentale et non d'intoxication volontaire. Voir *D.P.P.c.* Beard, [1920] A.C. 479 et R. c. George, [1960] R.C.S. 87.



ture et la qualité de l'acte violent ou de savoir qu'il est en mauvais.»<sup>424</sup>

La détermination de la capacité mentale d'un accusé est donc un processus complexe où les témoignages d'experts, notamment les psychiatres, interviennent et parfois, se contredisent selon les Écoles et les opinions de chacun. La maladie de l'esprit demeure avant tout, au Canada, un concept juridique. Les tribunaux ont maintes fois précisé qu'ils ne sont pas liés par la taxinomie des maladies mentales reconnues par la psychiatrie<sup>425</sup>. En outre, le juge l'appréciera en fonction de deux facteurs: dans quelle mesure le trouble mental permet à l'accusé d'échapper à sa responsabilité criminelle et la nécessité d'une protection du public par un traitement et une surveillance<sup>426</sup>. La maladie mentale doit causer un état de dissociation totale<sup>427</sup> qui empêche l'accusé de comprendre la nature et la qualité de ses gestes, i.e. de comprendre qu'ils sont moralement répréhensibles<sup>428</sup>. Il n'est pas suffisant que l'accusé ne comprenne pas que ses gestes étaient illégaux; on doit également établir qu'il ne percevait pas son acte comme «mauvais» dans les circonstances de sa perpétration.

La maladie mentale est le plus souvent établie lorsqu'elle est causée par des facteurs internes à l'accusé, par opposition à des facteurs externes. Cette distinction a été reprise et complétée dans l'arrêt *R. c. Rabey*<sup>429</sup>. Dans cette affaire, Rabey, étudiant en géologie, était accusé d'avoir causé à une collègue des lésions corporelles dans l'intention de la blesser. Rabey était amoureux d'elle mais avait découvert, dans une lettre qui ne lui était pas destinée, que ses sentiments n'étaient pas réciproques. Le lendemain, après qu'elle lui eût avoué qu'il était simplement un «bon ami», Rabey a empoigné une roche du laboratoire de géologie qu'il avait dans son sac et l'a frappée. La Cour suprême a confirmé, dans un premier temps, que l'état de dissociation causé par des facteurs externes, comme une commotion, ne relevait pas de l'aliénation mentale mais de l'automatisme. Lorsque l'état de dissociation est causé par des facteurs internes, il s'agit alors d'aliénation mentale. Toutefois, de préciser la Cour, lorsqu'un choc émotionnel (externe) cause la dissociation en raisons des faiblesses psychologiques de l'accusé, elle est assimilée à l'aliénation mentale. En filigrane, on constate un désir de protection de la société lorsque l'accusé semble

---

424. *R. c. Cooper*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 1159.

425. *R. c. Rabey*, [1980] 2 R.C.S. 513, 519.

426. *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, 898.

427. *R. c. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A.O.).

428. *R. c. Chaulk*, précité, note 378, 1324.

429. Précité, note 425.

avoir besoin de traitement et que son état de dangerosité risque de persister<sup>430</sup>.

La distinction est toutefois importante pour l'accusé. L'automatisme permet l'acquittement pur et simple alors que l'acquittement pour cause d'aliénation mentale entraîne l'incarcération automatique<sup>431</sup>. Il n'est donc pas surprenant que certains états de dissociation sont parfois soulevés, non pas en invoquant la défense de troubles mentaux, mais simplement pour nier le caractère volontaire de *l'actus reus* de l'infraction. C'est le cas notamment de certains automatismes qui relèvent de la nature des réflexes. Comme le rappelait le juge La Forest dans l'arrêt R. c. *Parks*, une personne ne devrait pas être punie en vertu du droit criminel si elle n'a pas agi volontairement avec l'intention nécessaire de commettre une infraction<sup>432</sup>. Ainsi, on a souvent plaidé que le somnambulisme était un état apparenté à l'automatisme. La Cour suprême a confirmé cette prétention dans l'arrêt R. c. *Parks*<sup>433</sup>.

Le nouveau régime institué par le Code suite à l'arrêt R. c. *Swain*<sup>434</sup> raffine les règles qui existaient déjà. Le Code permet au tribunal d'ordonner l'évaluation de l'état mental de l'accusé s'il a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une preuve est nécessaire pour déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès ou déterminer s'il devrait être acquitté en vertu de l'article 16 du Code<sup>435</sup>. La demande peut émaner du tribunal lui-même, de l'accusé ou, sous certaines conditions, du poursuivant<sup>436</sup>. Ce dernier pourra le faire si l'accusé soulève lui-même une question relative à son état mental<sup>437</sup> ou s'il convainc le juge qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé souffre de troubles mentaux le rendant inapte à subir son procès. Malgré la nécessité de faire subir des exa-

---

430. Dans l'arrêt R. c. *Parks*, précité, note 426, le juge Lamer, minoritaire sur cette question, a particulièrement insisté sur le besoin d'une protection sociale dans les cas où la dissociation entraîne l'acquittement pur et simple. La majorité de la Cour a conclu qu'il n'appartenait pas au système judiciaire d'assumer un tel rôle lorsqu'un acquittement pur et simple est prononcé.

431. Du moins l'était-elle à l'époque. Nous constaterons que le Code prévoit maintenant une audition afin de déterminer si l'incarcération pour fins de traitement est nécessaire.

432. R. c. *Parks*, précité, note 426, 908.

433. Id.

434. Précité, note 68.

435. Art. 672.11 C.cr.

436. Art. 672.12 C.cr.

437. Nous reconnaissons ici les conditions établies par le législateur afin de rencontrer les exigences de la Charte, telles qu'énoncées dans l'arrêt R. c. *Swain*, précité, note 68.

mens à un accusé, le Code prévoit que le maintien en liberté de l'accusé doit être le premier choix du tribunal sauf si on lui démontre que la détention est nécessaire<sup>438</sup>.

L'accusé acquitté en raison de sa non-responsabilité pour cause de troubles mentaux<sup>439</sup> ou jugé inapte à subir son procès, a droit à une audition tenue par le tribunal pour déterminer la suite à donner<sup>440</sup>. S'il est jugé inapte, l'accusé subira son procès dès qu'il sera apte<sup>441</sup>. De plus, le tribunal doit tenir, aux deux ans, une audition afin de déterminer s'il existe toujours suffisamment d'éléments de preuve pour que l'accusé subisse son procès<sup>442</sup>. Dans chaque cas, la décision peut être révisée par une commission d'examen provinciale, constituée en vertu du Code<sup>443</sup>.

Il n'est pas possible d'obliger un accusé à se soumettre à des traitements *avant* qu'il soit reconnu inapte à subir son procès<sup>444</sup>. Par ailleurs, la décision à prendre relativement à l'accusé inapte doit favoriser le maintien en liberté<sup>445</sup>. Dans tous les cas, la décision peut être de trois ordres: une libération inconditionnelle, une libération sous conditions ou une ordonnance de détention dans un hôpital psychiatrique<sup>446</sup>. Lorsque l'accusé est jugé inapte à subir son procès, une ordonnance peut, en outre, l'obliger à suivre un traitement psychiatrique<sup>447</sup> dans la mesure où le traitement permettra de le rendre apte<sup>448</sup>.

*B. In Italia: la preminente tutela dell'incapace e il difficile inquadramento medico-legale dell'infermità mentale.*

Tra le cause di esclusione della capacità di intendere e di volere previste nel sistema italiano, il vizio di mente rappresenta certamente l'ipotesi che più di ogni altra è stata oggetto di complessi problemi interpretativi e applicativi.

---

438. Art. 672.16 C.cr.

439. Art. 672.35 C.cr.

440. Art. 672.45 C.cr.

441. Art. 672.32 C.cr.

442. Art. 672.33 C.cr.

443. Art. 672.38 C.cr.

444. Art. 672.19 C.cr. L'article 672.55 prévoit une solution identique lorsque l'accusé est acquitté pour cause d'aliénation mentale.

445. Art. 672.54 C.cr.

446. Art. 672.54 C.cr.

447. Art. 672.58 C.cr.

448. Art. 672.59 C.cr.

Tale causa di esclusione dell'imputabilità – che può derivare anche da una infermità di tipo fisico<sup>449</sup> – viene in rilievo nel codice in due diverse accezioni, a seconda del *quantum* di capacità che essa è in grado di paralizzare: l'art. 88 esclude infatti l'imputabilità del soggetto che a causa di tale vizio si trovava al momento del fatto in uno stato di *totale incapacità di intendere e di volere*; viceversa, l'art. 89 riconosce imputabile il soggetto che pur essendo affetto da infermità mentale, manteneva una residuale capacità di intendere e di volere: ma in tal caso, statuisce la norma, se la capacità era *grandemente scemata*, la pena è diminuita.

Ad un proscioglimento per infermità psichica ovvero ad una condanna con pena attenuata si può altresì pervenire, ai sensi dell'art. 96 c.p., nei confronti di coloro che siano affetti da sordomutismo, laddove venga accertata l'incidenza della suddetta infermità sullo sviluppo mentale dell'agente e, dunque, sulla sua capacità di intendere e di volere.

Si noti infine – sotto un diverso profilo – che la sussistenza di una infermità mentale può condizionare non solo gli esiti, ma la stessa possibilità di effettuazione del processo: gli artt. 70 ss. c.p.p. prevedono infatti che, laddove l'imputato non sia in grado di partecipare coscientemente al processo a causa della sua infermità mentale, e non sussistano gli estremi per pronunciare una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, il processo debba essere sospeso<sup>450</sup>.

Nell'ambito di questo quadro normativo, la principale fonte di problemi è costituita dalla mancanza di una chiara definizione dell'infermità mentale sia a livello legislativo, sia soprattutto in sede scientifica. La scienza psichiatrica infatti non è stata in grado di delimitare adeguatamente il concetto in questione e di tracciare una chiara linea di demarcazione tra normalità e anormalità; sicché, se la nozione di imputabilità versa in uno stato di grave crisi, si può fondatamente presumere che ciò sia in gran parte dovuto alla varietà dei "paradigmi psicopatologici" con i quali è stato affrontato il problema delle infermità mentali<sup>451</sup>.

A ciò si aggiungano numerose altre difficoltà dal rilievo tutt'altro che trascurabile, tra cui ad esempio il naturale dissidio tra scienza psichiatrica e diritto penale, derivante dalla diversità degli scopi perseguiti: mentre infatti da un punto di vista penalistico l'accertamento di talune condizioni

---

449. In questo senso, cfr. ad esempio Cass. 11/5/1987, in *Riv.pen.*, 1988, p. 729.

450. In origine, tale possibilità era limitata dall'art. 70 c.p.p. alle sole ipotesi di infermità sopravvenuta al fatto. La Corte costituzionale ha però dichiarato illegittima tale limitazione, con la sent. 20/7/1992, n. 340, in *Corriere giur.*, 1992, n. 11, p. 1217.

451. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità: prospettive giuridico-penali*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Milano 1987, p. 147; ID., *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità e della sua crisi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1988, p. 202.

soggettive avviene in funzione dell'assoggettività alla pena, viceversa da un punto di vista psichiatrico l'accertamento di una infermità comporta l'apprestamento di idonee terapie<sup>452</sup>.

Accade così che mentre la giurisprudenza tende a respingere visioni eccessivamente allargate della infermità mentale per evitare di attenuare l'effetto dissuasivo della sanzione penale, la psichiatria tende invece ad ampliarle, perché deve tenere conto delle possibili cause, e cioè della pluralità di fattori che possono determinare il soggetto alla commissione dell'illecito.

La situazione risulta poi ulteriormente aggravata da **talune** innovazioni legislative che non sono state adeguatamente coordinate con il quadro normativo penalistico: ci si riferisce in particolare alla c.d. legge Basaglia (legge n. 189/1978) che, se da un lato sconfessava il carattere di automatica pericolosità dei malati di mente e riconosceva nel **contempo** la dannosità dei manicomi civili per la salute psicofisica, dall'altro lato trascurava però completamente gli ospedali psichiatrici giudiziari che rimanevano pertanto assoggettati alla previgente disciplina risalente al 1904; cosicché la complessiva razionalità del sistema risultava (e tuttora risulta) compromessa.

Sotto un diverso profilo, in Italia hanno contribuito ad intaccare la razionalità del sistema anche **talune** prassi giurisprudenziali "devianti" volte a riconoscere l'infermità mentale e a pronunciare conseguentemente sentenze di proscioglimento a vantaggio di soggetti la cui infermità è quantomeno opinabile e il cui potere intimidatorio è viceversa evidente. Il fenomeno ha assunto contorni quanto mai preoccupanti soprattutto nei processi contro la criminalità organizzata, ma rappresenta pur sempre una "patologia" che tocca solo parte della giurisprudenza. Vero è però che tali soluzioni applicative sono certamente agevolate dal meccanismo **normativo**<sup>453</sup>. In particolare, il proscioglimento per infermità mentale in Italia non comporta attualmente l'automatica irrogazione di misure di sicurezza. Laddove infatti il prosciolto non presenti attualmente disturbi psichici, non potrà essere irrogata la misura di sicurezza, e dovrà essere revocata quella eventualmente disposta in precedenza.

Allo stato attuale delle cose, non può pertanto sorprendere che in passato siano state avanzate proposte volte a modificare radicalmente la disciplina dell'infermità mentale e a riconoscere in linea di principio l'imputabilità di colui che risulti essere affetto dalla suddetta infermità<sup>454</sup>. Tale

---

452. FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova 1988, p. 11.

453. Sul punto, cfr. ad esempio MANACORDA, *L'incapacità di intendere e di volere nei suoi attuali rapporti con la lotta alla criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1984, V, p. 296.

454. Ci si riferisce al disegno di legge n. 177 del 1983, volto, come si evince

soluzione tuttavia non è apparsa convincente alla prevalente dottrina penalistica, più propensa a ricercare un costante ancoramento delle norme attuali alle recenti acquisizioni scientifiche anziché a promuovere radicali riforme legislative.

Senonché, come si è detto, l'auspicato legame tra il diritto penale e la psichiatria non ha prodotto indirizzi omogenei sul piano giurisprudenziale data l'eterogeneità degli orientamenti (medico, psicologico, sociologico) proposti dalla psichiatria in tema di malattia mentale<sup>455</sup>.

Come noto, secondo l'orientamento medico, l'infermità mentale si prospetta quale malattia fisica del sistema nervoso centrale; essa pertanto sussiste solo qualora il disturbo sia esattamente inquadrabile da un punto di vista scientifico. In tale prospettiva, vengono sicuramente ricondotte alla nozione di infermità mentale le c.d. psicosi; viceversa, si esclude che possano avere rilevanza le semplici anomalie caratteriali e della personalità, nonché le nevrosi e le psicopatie, che dunque non escluderebbero la capacità di intendere e di volere.

Tale indirizzo, che risultava assolutamente dominante nel primo ventennio di vita del codice Rocco, trova a tutt'oggi conferme di natura giurisprudenziale<sup>456</sup>; ma nel complesso, anche coloro che si ispirano al suddetto criterio sembrano sempre più staccarsi dalla necessità di una precisa classificazione clinica.

Caratteristiche ben diverse presenta invece l'orientamento psicologico che la dottrina tende a ricondurre a Freud. Secondo tale indirizzo, l'infermità psichica viene definita quale "disarmonia dell'apparato psichico"<sup>457</sup>; ne fanno conseguentemente parte tutte quelle alterazioni atipiche, anche di natura nevrotica o caratteriologica, che pur non essendo riconducibili ad un modello di infermità scientificamente definito, determinano tuttavia un quadro morboso.

Anche questo indirizzo ha trovato conferme giurisprudenziali<sup>458</sup>; ma per motivi agevolmente intuibili, esse sono quantitativamente molto più limitate.

Infine, per quanto concerne l'orientamento sociologico, il quale svuota completamente di significato il concetto di malattia mentale, riconducen-

---

dalla stessa rubrica, alla "abrogazione della legislazione speciale per infermi e seminfermi di mente". Tale progetto è pubblicato in *Quest. giust.*, 1984, n. 3, p. 705.

455. Cfr., in particolare, BERTOLINO, *La crisi del concetto*, cit., pp. 435 ss. e FIORAVANTI, *Le infermità psichiche*, cit., pp. 25 ss..

456. Cfr. per esempio Cass. 26/11/1984, in *Riv. pen.*, 1986, 101 (m); ID., 7/7/1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 687; ID., 29/2/1988, in *Riv. pen.*, 1989, 856 (m); App. Roma 27/6/1989, in *Temi romana*, 1990, p. 233.

457. BERTOLINO, *La crisi del concetto*, cit., p. 159.

458. Tra queste, cfr. ad esempio Cass. 22/11/1982, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1228.

do qualsiasi comportamento deviante a cause di natura socio-ambientale, esso non ha trovato sinora alcuna conferma giurisprudenziale.

A conclusione di questi brevi cenni sul ruolo riconosciuto dal sistema italiano alla infermità mentale, sembra opportuno segnalare – sia pure brevemente – taluni altri aspetti problematici strettamente connessi all'argomento trattato.

Tra questi, merita in primo luogo attenzione la questione concernente la relazione intercorrente tra l'accertamento dell'infermità mentale e l'esclusione della responsabilità: in altri termini si tratta di stabilire se l'individuazione del disturbo psichico dell'agente determini automaticamente il proscioglimento dello stesso o se invece sia comunque indispensabile verificare il nesso causale tra lo stato di infermità e l'illecito che è stato commesso.

La tesi che sembra prevalere presso gli operatori del diritto è nel senso di escludere ulteriori indagini volte a verificare il predetto rapporto di consequenzialità una volta che sia stata accertata l'infermità mentale<sup>459</sup>; ma occorre comunque sottolineare che la posizione esattamente contraria è stata espressa da una parte della scienza psichiatrica e addirittura in parte avallata da certa giurisprudenza<sup>460</sup>.

Un ulteriore e diverso problema è invece quello concernente sia il ruolo della perizia psichiatrica sia i tratti distintivi della relazione intercorrente tra il giudice e il perito.

Per quanto concerne il ruolo della perizia psichiatrica, vanno subito evidenziate le severe riserve espresse dalla prevalente dottrina nei confronti della perizia quale strumento diagnostico della malattia mentale. E ciò a maggior ragione ove si consideri per un verso lo spazio temporale anche sensibile che intercorre tra l'effettuazione della perizia e il momento cui essa deve riferirsi (cioè il momento di realizzazione del reato), per altro verso la natura comunque inevitabilmente "sfuggente" dell'oggetto dell'accertamento. Si aggiunga a ciò che la definizione delle competenze del perito è a tutt'oggi awolta nel mistero, giacché non è del tutto chiaro se questi debba limitarsi a diagnosticare la possibile malattia dell'agente, o se invece debba accertarne la capacità di intendere e di volere<sup>461</sup>.

---

459. BERTOLINO, Profili vecchi e nuovi, cit., p. 235; cfr. anche ZANCHETTA, Incapacità o *imputabilità* del malato di mente, in *Quest. giust.*, 1984, n. 3, p. 746.

460. Cfr. ad esempio Cass. 4/2/1988, in *Cass.pen.*, 1989, p. 590. Per quanto riguarda la dottrina, cfr. in particolare PONTI, La perizia *sull'imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di Gulotta, Milano 1987, p. 635 ss.; BARCELLONA, La valutazione giudiziaria *delle* personalità psicopatiche, in *Giust.pen.*, 1979, p. 500.

461. BERTOLINO, Profili vecchi e nuovi, cit., p. 248; sul punto, cfr. anche BANDINI-GATTI, Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche *sull'imputabilità* del malato di mente, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 2, pp. 356 ss.

Per quanto concerne poi i caratteri della relazione intercorrente tra giudice e perito, va sottolineato in primo luogo che la decisione del giudice di disporre o meno una perizia non appare assoggettata a criteri legalmente prefissati o comunque seriamente controllabili. Ma soprattutto, il vero *punctum dolens* concerne il rapporto fra risultati peritali e decisione giudiziaria: appare infatti evidente che, una volta entrata nel processo, la perizia ne influenzi gli esiti molto più di quanto non si possa immaginare; sicché l'autonomia decisionale del giudice, benché formalmente affermata, risulta essere in buona parte dei casi del tutto illusoria<sup>462</sup>.

### 6.3. L'assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti.

#### 6.3.1. L'irrilevanza dell'assunzione che non elimina l'elemento psicologico richiesto dalla legge.

A. In Canada: un soluzione elaborata dalla giurisprudenza.

La «*défense d'ivresse*», devenue «*défense d'intoxication volontaire*» en raison de la prolifération de l'usage de drogues de toutes sortes, a été élaborée par les tribunaux et constitue une création de la *common law*. Né de source anglaise<sup>463</sup>, ce moyen de défense a été consacré en droit canadien par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. George*<sup>464</sup>. Dans ces deux décisions, on a formulé trois règles en matière d'intoxication.

La première est à l'effet que l'intoxication qui a entraîné une maladie mentale chez la personne donne ouverture à une défense d'aliénation mentale si elle rencontre les critères définis à l'article 16 du *Code criminel*. Il ne s'agit donc pas d'une défense d'intoxication. La deuxième règle veut que l'intoxication entraîne l'acquiescement si elle a eu pour effet de faire disparaître l'intention spécifique requise pour la commission du crime. Encore une fois, on ne peut parler de défense d'intoxication; il s'agit plutôt d'un cas d'absence de *mens rea* causée par l'intoxication. Nous examinons cette situation au point suivant.

La troisième règle est à l'effet que l'intoxication qui n'a pas pour effet de faire disparaître la *mens rea* ne constitue pas un moyen de défense. L'accusé ne peut donc soutenir que dans son état normal, il n'aurait pas posé l'acte qu'on lui reproche, i.e. que l'alcool ou la drogue a eu pour effet

---

462. BERTOLINO, *op.ult.cit.*, 238; MONACO, Su teoria e prassi del rapporto fra diritto penale e *criminologia*, in Studi urbinati, 1984, pp. 74 ss.

463. D.P.P. c. Beard, précité, note 423.

464. R. c. George, précité, note 423.



d'atténuer ses inhibitions ou de lui faire perdre le contrôle de lui-même<sup>465</sup>.

On peut donc conclure que l'intoxication ne constitue pas, en elle-même, un moyen de défense. Elle sera prise en compte seulement dans la mesure où elle mène à l'aliénation mentale ou fait disparaître la *mens rea*.

*B. In Italia: una soluzione prevista dal codice.*

Il codice penale italiano in tema di assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti ha dettato una complessa e assai frammentata disciplina, ispirata a criteri di evidente rigore.

Per quanto riguarda in particolare la disciplina dell'ubriachezza, essa risulta articolata nelle seguenti, distinte tipologie:

- ubriachezza accidentale;
- ubriachezza volontaria o colposa;
- ubriachezza preordinata al fine di commettere un reato o prepararsi una scusa;
- ubriachezza abituale;
- cronica intossicazione da alcool o da stupefacenti.

Per quanto poi concerne l'uso di sostanze stupefacenti, il legislatore ha optato per una sua equiparazione al fenomeno dell'ubriachezza, proponendo le medesime classificazioni proposte nel primo; il che peraltro non ha mancato di suscitare le perplessità della più recente dottrina, orientata ad individuare nel fenomeno dell'intossicazione da sostanze stupefacenti caratteristiche individuali e sociali profondamente diverse rispetto a quelle dell'alcoolismo<sup>466</sup>.

Nell'ambito della classificazione appena descritta, le tipologie di assunzione che non consentono di escludere l'imputabilità sono rappresentate da: a) ubriachezza volontaria o colposa; b) ubriachezza "preordinata"; c) ubriachezza abituale.

Per quanto invece riguarda l'ubriachezza accidentale, come vedremo nel § 4.3.2.B., a certe condizioni essa può escludere la capacità di intendere e di volere e, dunque, la colpevolezza.

Infine, nel caso di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, il legislatore dispone l'applicazione della disciplina prevista per il vizio di mente (artt. 88 e 89 c.p.).

a) Iniziando ora l'esame analitico delle ipotesi previste dal codice,

---

465. R. c. *Courville*, [1985] 1 R.C.S. 847.

466. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 258.

occorre in primo luogo soffermare l'attenzione sui concetti di *ubriachezza volontaria o colposa*. Tali ipotesi si verificano rispettivamente quando il soggetto si è intenzionalmente ubriacato o ha comunque accettato il rischio di ubriacarsi (ubriachezza volontaria), ovvero quando, pur non avendo intenzione di ubriacarsi, abbia comunque determinato con una condotta imprudente il suo stato di ubriachezza (ubriachezza colposa).

La disciplina dei casi appena descritti è particolarmente severa: come dispone infatti l'art. 92, comma 1, queste forme di ubriachezza non escludono né diminuiscono l'imputabilità.

Ad una prima lettura, la norma sembrerebbe dunque statuire una presunzione di imputabilità, giacché sembra considerare comunque capace anche colui al quale la capacità potrebbe difettare completamente.

Se così fosse, però, la norma evidenzerebbe gravi problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 27, comma 1 Cost., il quale, secondo la migliore dottrina, esprime il principio della responsabilità penale personale inteso come responsabilità per fatto proprio colpevole.

Proprio per le ragioni predette, la Corte costituzionale nel suo passato meno recente fu ripetutamente destinataria di ordinanze di rimessione volte a sollecitare il controllo di costituzionalità sulle scelte normative in questione; ma ad esse la Corte rispose con altrettante pronunce di rigetto nelle quali si negava la sussistenza di uno schema presuntivo e si affermava nel contempo che la disciplina in esame si spiegava con l'intento del legislatore di prevenire e reprimere l'uso di sostanze alcoliche per la sua dannosità sociale<sup>467</sup>.

Al di là di quanto allora testualmente affermato, la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, particolarmente sensibile ad una larga operatività del principio di colpevolezza<sup>460</sup>, sembrerebbe invece suggerire conclusioni di diversa natura.

Più precisamente, se le ipotesi di responsabilità oggettiva devono essere bandite o quantomeno contenute il più possibile, è giocoforza concludere che la compatibilità delle scelte normative in questione con la Carta costituzionale intanto potrà essere affermata in quanto esse siano oggetto di adeguato coordinamento con il principio di colpevolezza.

Alla luce di quanto appena illustrato, si può dunque affermare che l'art. 92, comma 1 si limita a statuire che l'aver provocato il proprio stato di ubriachezza non comporta l'esclusione dell'imputabilità dell'agente per i reati eventualmente commessi. Da ciò, tuttavia, non può desumersi automaticamente la colpevolezza del soggetto: essa infatti dovrà essere concretamente accertata sulla base di quegli stessi principi che presiedono alla

---

467. Corte cost. sent. 26/2/1970, n. 33, in *Giur. cost.*, 1970, p. 445; ordd. 27/1970, n. 150 e 29/10/1970, n. 156, in *Giur. cost.*, 1970, pp. 1673 e 2003.

468. Ci si riferisce naturalmente alla già citata sentenza 3641/1988.

responsabilità penale dei soggetti pienamente capaci di intendere e di volere.

Pertanto, come è stato autorevolmente affermato, l'agente risponderà del reato a titolo di dolo eventuale se risulterà essersi ubriacato pur avendo preveduto la possibilità di realizzare l'illecito e avendone accettato il rischio.

Il criterio di imputazione sarà viceversa **colposo**, qualora il reato fosse prevedibile ed evitabile nel momento in cui il soggetto si ubriacava e sempreché, naturalmente, la legge lo preveda anche nella "versione" colposa<sup>469</sup>.

Tuttavia, data la sinteticità dell'art. 92 comma 1°, c.p. ed il suo problematico inquadramento con i principi generali in tema di colpevolezza, e data altresì la difficoltà talora di accertare con chiarezza l'elemento soggettivo che supporta i singoli fatti commessi in stato di ubriachezza, risulta evidente sia l'impossibilità di individuare sempre e comunque soluzione sicure sia, conseguentemente, l'eventualità che vengano a crearsi contrasti giurisprudenziali.

b) Una ulteriore tipologia di ubriachezza presa in considerazione dal legislatore è quella definita "*preordinata*": essa si riferisce all'ipotesi in cui l'agente si ubriaca allo scopo di commettere un reato ovvero di prepararsi una scusa. In questo caso, l'art. 92, comma 2 non solo non esclude l'imputabilità del soggetto, ma addirittura prevede un aggravamento di pena.

Per quanto poi riguarda il titolo della responsabilità, si deve ribadire ancora una volta la necessità di salvaguardare il principio di colpevolezza, evitando qualsiasi tipo di automatismo nella configurazione dell'imputazione. Pertanto, una attribuzione del reato a titolo di dolo nei confronti di colui che si sia volontariamente procurato lo stato di incapacità a fini illeciti presuppone una continuità psicologica tra la deliberazione criminosa e la sua concreta realizzazione.

Infine, l'ultima ipotesi di ubriachezza che non consente di escludere l'imputabilità è rappresentata dall'*ubriachezza abituale*. Essa ricorre quando il soggetto è dedito all'uso di sostanze alcoliche e viene conseguentemente a trovarsi in uno stato di frequente ubriachezza (art. 94, comma 2): in tal caso, oltre appunto a non escludersi l'imputabilità, si fa addirittura luogo ad un aggravamento di pena fino ad un terzo. Il fatto che, in relazione ad uno stesso reato, l'ubriaco abituale sia punito più gravemente rispetto all'autore sobrio rivela con ogni probabilità, come il legislatore del '30 abbia aderito ad una concezione della colpevolezza influenzata dal complessivo *modo di essere* dell'autore, dalla sua *condotta di vita*.

---

469. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 687. Nello stesso senso: Cass. 301411990, in *Riv.pen.*, 1991, p. 162.

Tale concezione, tuttavia, appare oggi non giustificata agli occhi della migliore dottrina<sup>470</sup>.

L'ubriachezza abituale deve essere distinta dalla cronica intossicazione da sostanze alcoliche, prevista dall'art. 95 c.p. Quest'ultima, come già ricordato, viene equiparata al vizio di mente. In sostanza, nella visione del legislatore, la cronicità dell'intossicazione determina una alterazione così profonda dell'equilibrio psichico da dover essere assimilata alla vera e propria infermità mentale.

Sul piano teorico è dunque agevole la distinzione tra intossicazione cronica e abitudine dell'ubriachezza: mentre infatti nel primo caso l'azione dell'alcool è tale da determinare una stabilizzazione del quadro morboso, nel secondo caso le conseguenze tossiche sono assenti nei periodi di astinenza<sup>471</sup>.

Al di là della chiarezza classificatoria del codice, occorre tuttavia sottolineare che la distinzione predetta non è stata sempre accolta positivamente in dottrina: alcuni autori ne hanno infatti sottolineato gli scarsi fondamenti scientifici<sup>472</sup>; altri ne hanno soprattutto evidenziato le ineliminabili difficoltà concernenti l'accertamento pratico<sup>472 bis</sup>.

6.3.2.: *L'assunzione che esclude l'elemento psicologico richiesto dalla legge.*

A. *In Canada: l'entrata in vigore della Carta e la sua incidenza sulla soluzione creata dalla giurisprudenza.*

Le seul problème qui se pose est celui de l'intoxication volontaire; en cas d'intoxication involontaire qui fait disparaître la culpabilité, l'accusé a sans conteste droit à l'acquiescement.

Dans le cas de l'intoxication volontaire, il faut savoir que la *common law* et le droit canadien ont toujours distingué, en matière d'intention, l'infraction d'intention spécifique et celle d'intention générale. La première viserait l'intention de commettre des actes en fonction de buts visés et la deuxième, l'intention de commettre des actes indépendamment des buts visés<sup>473</sup>. Cette distinction a été reprise par la Cour suprême du Canada

---

470. FIORE, Diritto penale. Parte generale, cit., pp. 4021403.

471. Sul punto, cfr. Cass. 27/6/1980, in *Cass.pen.*, 1981, p. 1994.

472. PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano, Milano 1964, p. 160.

472 bis. MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 689.

473. R. c. *George*, précité, note 423.

dans l'arrêt R. c. *Leary*<sup>474</sup>, puis dans l'arrêt R. c. *Bernard*<sup>475</sup>. Dans ces deux décisions, le juge Dickson a élaboré une virulente dissidence sur la question de la distinction entre ces deux types d'intention. Invoquant que cette dernière relève essentiellement de la fiction juridique que plusieurs pays de *common law* ont rejetée, il a soutenu que le juge des faits devrait toujours tenir compte de l'intoxication parmi les facteurs pertinents pour déterminer si l'accusé avait ou non la *mens rea* nécessaire. Néanmoins, la Cour, à la majorité, a conservé le principe de la distinction.

Cette distinction est importante puisque traditionnellement, le droit canadien permettait d'invoquer l'intoxication volontaire à l'égard des infractions d'intention spécifique mais non de celles d'intention générale. Si l'infraction en était une d'intention générale et que l'accusé, qui avait agi sous le coup de l'intoxication, invoquait une erreur ou un accident faisant disparaître sa *mens rea*, le tribunal devait se demander s'il aurait commis la même erreur ou eu le même accident sans avoir bu<sup>476</sup>.

La classification des infractions selon une intention plutôt que l'autre relève d'un exercice d'interprétation de la loi. Dans l'arrêt R. c. *Bernard*, le juge McIntyre l'illustre de cette façon:

«L'infraction d'intention générale est celle pour laquelle l'intention se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question, sans qu'il y ait d'autre intention ou dessein. L'intention minimale d'avoir recours à la force qui doit exister dans le cas de l'infraction de voies de fait en est un exemple. Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question. Frapper une personne ou lui administrer du poison avec l'intention de la tuer, ou encore commettre des voies de fait avec l'intention de mutiler une personne ou de lui infliger une blessure, voilà des exemples de telles infractions.»<sup>477</sup>

Comme le soulignait le juge Dickson, il n'y a jamais eu de critère juridique pour distinguer l'intention spécifique de l'intention générale<sup>478</sup>. En outre, le texte de la loi n'est pas un guide à toute épreuve puisque l'intention spécifique peut fort bien être implicite au texte d'incrimination<sup>479</sup>. C'était le cas en matière de meurtre où l'intoxication a toujours constitué

474. R. c. *Leary*, [1978] 1 R.C.S. 29.

475. R. c. *Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, 863.

476. R. c. *Moreau*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A.O.); R. c. *Murray*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 323 (C.A.N.E.).

477. R. c. *Bernard*, précité, note 475.

478. R. c. *Leary*, précité, note 474, 40.

479. Id., 41.

un moyen de défense recevable entraînant, en cas d'absence de mens rea, un verdict d'homicide involontaire coupable et ce, même s'il n'était pas nécessaire d'avoir eu une intention ultérieure à celle de causer la mort<sup>480</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Daviault*, la Cour suprême a reconnu que cette "classification du meurtre au rang des infractions d'intention spécifique illustre la juste application des considérations d'ordre public dans un cas où l'application des critères habituels pourrait entraîner un résultat différent"<sup>481</sup>. Les tribunaux ont donc eu à classer les différentes infractions afin de permettre ou non la défense d'intoxication volontaire.

Comme l'avait déclaré le juge McIntyre, dans l'arrêt *R. c. Bernard*, il se pouvait fort bien que la distinction fût fragile mais elle méritait néanmoins d'être maintenue puisqu'elle traduit une saine politique sociale:

«Si la règle de droit actuelle repose sur une politique suivant laquelle la société condamne ceux qui, par la consommation volontaire d'alcool, se rendent incapables de se maîtriser, de sorte qu'ils commettent des actes de violents qui occasionnent des blessures à leurs semblables, alors j'estime qu'une telle politique se passe de justification et la règle de droit qui en résulte ne se heurte d'aucune manière aux principes de droit bien établis ni ne porte atteinte à la liberté de l'individu.»<sup>482</sup>

Suite à l'entrée en vigueur de la Charte, le refus de considérer l'intoxication dans le cas d'infractions d'intention générale a été examiné une première fois par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Bernard*<sup>483</sup>. Toutefois, aucune majorité très claire ne s'était dégagée de la décision. Le juge en chef Dickson, qui a reçu l'appui de deux autres juges, a fait valoir que l'intoxication étant exclue des facteurs pertinents pour déterminer la mens rea de l'accusé, celui-ci faisait face, dans les faits, à une infraction de responsabilité absolue. Ce faisant, cela violait à la fois les article 7 et 11d) de la Charte en ce que l'intoxication faisait naître une présomption irréfutable de mens rea chez l'accusé, dégageant de ce fait la poursuite de l'obligation constitutionnelle de prouver cet élément.

Quatre juges ont plutôt conclu que l'intoxication ne relevait pas le mi-

---

480. Voir *R. c. Swietlinski*, [1980] 2 R.C.S. 956. On se rappellera que jusqu'à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Martineau*, précité, note 297, certains types de meurtre pouvaient être commis sans que l'accusé n'ait eu de mens rea quant au décès. Ils étaient quand même considérés comme requérant une intention spécifique.

481. *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S.

482. Précité, note 475, 865. Le juge McIntyre référait à la règle, modifiée par l'arrêt *R. c. Daviault*, id, qui empêchait toute prise en considération de l'intoxication volontaire.

483. Id.

nistère public de faire la preuve de l'élément de mens rea nécessaire à l'infraction. Deux étaient d'opinion que les accusés qui ont volontairement consommé des stupéfiants ou de l'alcool au point de ne plus avoir la maîtrise de soi et qui commettent un crime, sont loin d'être moralement innocents<sup>484</sup>. Deux autres ont proposé une toute nouvelle approche de l'arrêt *R. c. Leary*<sup>485</sup>, le rendant ainsi compatible, selon elles, avec les exigences de la Charte. Dans tous les cas, la poursuite conserve l'obligation de démontrer un état d'esprit coupable. Dans le cas d'une infraction d'intention générale, cette mens rea s'infère généralement des gestes mêmes de l'accusé. Il en résulte, selon elles:

«que la preuve d'intoxication [sera] soumise au juge des faits pour les infractions d'intention générale seulement s'il s'agit d'une preuve d'intoxication extrême entraînant l'absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme.»<sup>486</sup>

De cette façon, la défense d'intoxication extrême n'est jamais exclue et devient la seule qui puisse nier la mens rea minimale d'une infraction, i.e. son aspect volontaire.

Dans l'arrêt *R. c. Daviault*<sup>487</sup>, l'accusé, qui avait commis une agression sexuelle, avait consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie devait se situer entre 400 et 600 milligrammes par 100 millilitres de sang<sup>488</sup>. Le juge de première instance a conclu que l'accusé avait perdu conscience au moment de l'agression, qu'il avait agi en état d'automatisme et en se fondant sur l'opinion des juges Wilson et L'Heureux-Dubé dans *R. c. Bernard*<sup>489</sup>, il a prononcé l'acquittement. L'affaire ayant été portée jusqu'en Cour suprême, cette dernière a dû interpréter son opinion antérieure dans ce dernier arrêt. Dans un jugement divisé, le juge Cory, pour la majorité, a déclaré qu'une majorité des juges, dans l'arrêt *R. c. Bernard*<sup>490</sup>, avait rejeté la possibilité de reconnaître que l'absence de mens rea causé par l'intoxication puisse constituer une défense dans le cas d'une infraction requérant une intention générale, par opposition à spécifique. Toutefois, il a conclu que la déclaration de culpabilité d'une personne dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale violerait les règles de justice fondamentale. La Cour a donc retenu

---

484. Id., 880. Les juges McIntyre et Beetz.

485. Précité, note 474. Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé.

486. *R. c. Bernard*, précité, note 475, 887.

487. Précité, note 481.

488. Pour fins de référence, soulignons que la limite tolérée en matière de conduite automobile est de 80 milligrammes.

489. Précité, note 475. Voir le passage cité en rapport avec la note 486.

490. Id.

cette position suggérée par les juges Wilson et L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *R. c. Bernard*<sup>491</sup> mais en l'assortissant de deux conditions.

Dans un premier temps, le juge Cory a indiqué que dans la mesure où l'intoxication doit atteindre un niveau comparable à l'aliénation mentale, il est logique d'exiger, comme dans le cas de ce dernier moyen de défense, que l'accusé apporte une preuve prépondérante de ses prétentions et non seulement une preuve qui soulève un doute raisonnable, comme c'est généralement le cas. Dans un deuxième temps, les juges majoritaires ont déclaré que le témoignage d'un expert est une condition de recevabilité de cette défense, ce qui témoigne d'un souci de protection du public.

Le juge Cory a également mentionné que le législateur conserve la possibilité d'adopter une disposition qui criminaliserait la perpétration d'un acte prohibé pendant que le contrevenant est en état d'ébriété. Il ne fait pas de doute qu'une telle disposition serait en principe valide à la lumière de l'opinion de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Penno*<sup>492</sup> alors qu'elle a dû examiner la recevabilité de la défense d'intoxication pour l'infraction d'avoir eu sous sa garde et contrôle un véhicule pendant que ses capacités sont affaiblies par l'alcool ou la drogue. La Cour a reconnu que le législateur pouvait, sans violer la Charte, retirer la défense d'intoxication niant la *mens rea* dans le cas où le législateur a fait de l'intoxication un élément de l'infraction. Une seule restriction pourrait exister. On peut se demander si le législateur pourrait créer l'infraction de commettre en état d'ébriété un acte prohibé constituant une infraction nécessitant une intention spécifique, i.e. s'il pourrait indirectement retirer à l'accusé la possibilité d'invoquer son intoxication comme facteur niant sa *mens rea* dans un tel cas. En d'autres termes, il faudrait déterminer si cette règle, reconnue depuis longtemps, constitue un principe de justice fondamentale.

Par ailleurs, l'entrée en vigueur de la Charte a amené les cours d'appel à préciser les règles sur l'intoxication volontaire. Dans le cadre d'infractions d'intention spécifique, elles ont rappelé que le fait de limiter la défense en question à la seule incapacité de former une intention coupable, violait la présomption d'innocence garantie par les articles 7 et 11d)<sup>493</sup>. La défense devait, au contraire, être soumise à évaluation du juge des faits dès que l'intoxication présente un «air de vraisemblance». Il appartiendra au juge des faits de déterminer si elle a affecté l'intention de l'accusé au moment où il a perpétré l'acte reproché.

---

491. *Id.*

492. *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865.

493. *R. c. Cormier*, (1994) 86 C.C.C. (3d) 163 (C.A.Q.); *R. c. Canute*, (1993) 80 C.C.C. (3d) 403 (C.A.C.B.); *R. c. Crane*, (1993) 81 C.C.C. (3d) 276 (C.A.M.).



*B. In Italia: le ipotesi legislative dell'ubriachezza accidentale e della cronica intossicazione da alcool.*

Nell'ambito delle varie tipologie di ubriachezza descritte dal legislatore e riportate nel paragrafo precedente, quelle che consentono di escludere l'imputabilità e, dunque, la responsabilità penale, sono l'ubriachezza (o l'assunzione di stupefacenti) "accidentale", cioè dovuta a caso fortuito o forza maggiore, e la cronica intossicazione da alcool sopra ricordata.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, va sottolineato che l'ubriachezza deve considerarsi accidentale quando il soggetto non solo non aveva la volontà di ubriacarsi, ma sia caduto in stato di ubriachezza senza che possa essergli mosso alcun rimprovero.

Tale situazione, come la Cassazione ha avuto modo di sottolineare, può dipendere da "un errato e incolpevole calcolo sulla quantità e sulla gradazione alcolica o dall'altrui intervento malizioso e scherzoso"<sup>494</sup>.

In tali ipotesi (per la verità abbastanza eccezionali), come dispone l'art. 91 c.p., se il soggetto a causa dell'ubriachezza non aveva la capacità di intendere e di volere dovrà essere esclusa la sua imputabilità e dunque l'assoggettamento alla pena. Non così invece quando risulti sussistente una residuale capacità di intendere e di volere: nel qual caso, però, la pena dovrà essere diminuita fino ad un terzo.

Quanto alla casistica concreta, al di là delle ipotesi più frequentemente riportate dai manuali (pensiamo ad esempio all'ipotesi del soggetto che ingerisce una sostanza alcolica credendola analcolica), è interessante ricordare una remota pronuncia del 1966, nella quale si escludeva la responsabilità dell'imputato che al momento della realizzazione dell'illecito si trovava in uno stato tossico determinato dalla prolungata aspirazione di vapori alcolici a causa di un guasto negli impianti di lavoro<sup>495</sup>.

Per quanto infine riguarda la cronica intossicazione da alcool (o da stupefacenti), come già detto in precedenza, essa viene equiparata dal legislatore al vero e proprio vizio di mente.

La cronica intossicazione rappresenta lo stadio conclusivo dell'alcolismo e determina un processo patologico permanente, non più collegato alla concreta attuale assunzione di sostanze alcoliche. Da un punto di vista teorico, essa va dunque distinta dall'ubriachezza abituale, potendosi attribuire a quest'ultima una dimensione transitoria che al contrario difetta alla cronica intossicazione.

#### ABSTRACT

Il presente lavoro, diviso in due capitoli, costituisce la seconda parte di

---

494. Cass. 18/4/1967, in *Cass.pen.*, 1968, p. 276.

495. Cass. 17/10/1966, in *Cass. pen.*, 1967, p. 706.

un più ampio studio comparatistico sulle garanzie costituzionali in materia penale nei sistemi canadese e italiano.

Nel primo capitolo, avente ad oggetto il principio di legalità, vengono analizzati inanzitutto gli sviluppi ad esso conferiti nei due Paesi, per quanto concerne il problema delle fonti giuridiche in materia di reati, di pene e di norme non incriminatrici.

Successivamente, è preso in esame il principio di determinatezza, così come recepito sia dalla Corte costituzionale italiana sia, attraverso il criterio detto "della sfera di rischio", dalla Corte suprema del Canada.

L'indagine si sposta quindi sul principio di non retroattività, rispetto al quale vengono sottolineate le analogie e differenze riscontrabili tra i due sistemi, con riferimento alle norme penali sostanziali, nonché a quelle in materia di procedura, di prova e di esecuzione.

Nel secondo capitolo, avente ad oggetto il principio di colpevolezza, tenuto conto delle profonde differenze sul piano garantistico esistenti sul punto in Canada a seconda dei tipi di reato e delle relative pene, si è scelto di analizzare i profili assunti dal principio in questione distinguendo tra i reati che prevedono una pena limitativa della libertà, e talune categorie di reati caratterizzate dalla particolare tenuità o gravità delle rispettive pene.

Successivamente, vengono prese in esame le scelte operate nei due Paesi in tema di ignoranza della legge; scelte contraddistinte dal diverso ambito di ammissibilità dell'ignoranza in relazione sia alla legge penale, sia alla legge extrapenale.

Infine, per quanto concerne l'imputabilità, viene rilevato come alla organica disciplina codicistica prevista in materia in Italia, si contrapponga l'assenza di una disciplina unitaria in Canada. Attraverso l'analisi dei principali problemi riscontrati in relazione alla minore età, all'infermità mentale e all'ubriachezza vengono poste in luce le diversità tra i due sistemi sotto il profilo dottrinario, legislativo e giurisprudenziale.

The present article, divided in two chapters, constitutes the second part of a larger study of comparative criminal law on constitutional rights between the canadian and italian systems.

In the *first chapter*, relating to the principle of legality, the authors examine mostly its development in both countries in relation to the sources of the law in matter of creation of crimes, of sanctions and of other rules of criminal law.

Afterward, they study the principle of non ambiguity of law, as interpreted by the italian constitutional Court, or as applied by the canadian Supreme Court by its creation of the criteria of the zone of risk.

The authors then compare the prohibition against retroactivity which presents noted analogies and differences in respect to creation of crimes and sanctions and in matter of procedure, evidence and application of sanctions.

In the second chapter, on the exigency of guilty mind and its different forms, the authors, taking account of the important differences that Canadian law provides for different type of offenses and sanctions involved, analyse the diverse aspects of guilt, distinguishing offenses providing for a sentence impeding on liberty and other type of offenses, noted for light sentences or gravest sentences.

Subsequently, they examine the policy of both systems relating to error of law, policy distinguished by diverse grounds of admissability whether it relates to criminal law or other types of law.

This study is concluded by the examination of the concept of capacity. The authors note that the Italian code provides for a global policy on the subject while there is no such policy in Canada. The differences between both systems are highlighted by the analysis of doctrine, statute law and jurisprudence pertaining to the major problems relating to minority, mental disorder and intoxication.

PIERA FABRIS(\*)

## DIRITTO O BUROCRAZIA DEL LAVORO? (\*\*)

**Sommario:** Premessa. **1.** - L'ingresso del formalismo nel diritto del lavoro. **2.** - I prodromi: la modifica dell'art. 2103 c.c. **3.** - ...e dell'art. 2106 c.c. Le vicende del licenziamento disciplinare e del trasferimento disciplinare. **4.** - Proposte ermeneutiche alternative della giurisprudenza minoritaria. L'incompatibilità aziendale. **5.** - Le "ragioni dell'organizzazione di lavoro" e l'interesse del singolo. La funzione delle norme imperative: il divieto di discriminazione. **6.** - La struttura del contratto di lavoro nell'impresa: il dibattito sulla parità di trattamento. **7.** - Una concezione alternativa: l'impresa come organizzazione di lavoro. **8.** - (segue) L'organizzazione di attività: il contratto di lavoro come contratto plurilaterale. **9.** - Il lavoratore nell'organizzazione: la tutela della persona. **10.** - Conclusioni.

### Premessa.

Le recenti vicende della vita istituzionale e politica del Paese ripropongono, inesorabili, al giurista la drammatica scissione tra società legale e società reale, tra apparato istituzionale e vita concreta: la legge - ridotta ormai a mera sovrastruttura incomprensibile - appare utile, nella migliore delle ipotesi, a mantenere una parvenza di ordine sociale.

Ancor più angoscioso si presenta l'interrogativo per il diritto del lavoro che deve necessariamente confrontarsi con le proprie origini radicate intimamente nelle fondamenta democratiche di un ordinamento costituzionale aperto alla concezione del pluralismo giuridico.

Basterà a tal fine ricordare l'origine e la formazione dell'autonomia

---

(\*) Associato di diritto del lavoro, Università di Ferrara.

(\*\*) Il presente saggio costituisce un'ampia rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione, dal medesimo titolo, tenuta alla "Sesta giornata di Studi Giuridici" organizzata dalla Associazione Nazionale Magistrati - Sottosezione di Rovigo, sul tema "Il diritto del lavoro della crisi tra sostegno all'occupazione ed incentivi allo sviluppo" (Rovigo, 9 ottobre 1993).

sindacale come fenomeno che sale "dal basso", ossia dai singoli lavoratori che si aggregano, che diede spazio poi ad un diritto eminentemente giurisprudenziale<sup>1</sup>; la stessa concezione di lavoro e conseguentemente di lavoratore, presupposto e strumento per la partecipazione al progresso sociale e politico dello Stato di cui è parte<sup>2</sup>; l'importanza dell'apertura verso le fonti internazionali e comunitarie le cui conseguenze solo ora iniziano a manifestarsi in tutta la loro eversiva potenzialità, foriera di nuovi laceranti conflitti.

La recente modifica del Trattato di Maastricht, la spaccatura causata dal Protocollo sociale e il conseguente richiudersi delle prospettive di una politica sociale comunitaria non subordinata alla politica economica inducono a presagire un grave contrasto sul terreno delle fonti provenienti da questo ordinamento - dotato tra l'altro di un'efficacia inusitata per le fonti internazionali - e le fonti dell'O.I.L., organizzazione alla quale appartengono tutti gli Stati europei e che si prefigge come fine specifico la salvaguardia e la promozione dei diritti sociali fondamentali.

Di tale conflitto già si scorgono i primi traumatizzanti sintomi<sup>3</sup> che si

1. CESSARI, Poteri creativi della giurisprudenza e "natura dei fatti" nel diritto sindacale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1969, p. 1 ss.; GIUGNI, Il diritto sindacale e i suoi interlocutori, ivi, 1970, p. 369 ss.; GHEZZI, Osservazioni sul metodo dell'indagine nel diritto sindacale, ivi, 1970, p. 406 ss., sia pure ognuno con diverse angolazioni.

A ben diverse valutazioni si presterà il diritto sindacale se verrà attuato legislativamente quanto previsto dall'accordo trilaterale tra Governo e parti sociali "Sulla politica dei redditi e della occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo" del 2 luglio 1993 (Lav. e inf., 1993, n. 13).

2. Il riferimento è a CESSARI, Nuovi profili del "favor" verso il lavoratore subordinato, ora in *Il "favor" verso il lavoratore subordinato*, ristampa con Introduzione di aggiornamento e Appendice, Milano, 1983, *passim*.

È evidente che l'attuale dibattito sulla "qualità della vita" che individua altri valori per i quali il lavoratore deve "vivere" non elide tali affermazioni ma le awalora. Solo dimenticando che l'uomo che lavora esprime pur sempre se stesso nell'attività che svolge si può giungere ai paradossi ai quali la storia ci ha purtroppo abituati: vivere per il lavoro o vivere per il guadagno (i fenomeni del doppio lavoro, la ricerca degli straordinari ecc. al di fuori delle effettive necessità) in modo da esaurire le intere risorse dell'individuo, non corrispondono certo al modello prefigurato dal Costituente.

3. V. infatti la sentenza della Corte di Giustizia 25 luglio 1991 (Stoeckel), in Foro it., 1993, IV, 310, con nota di ARBIA, *Diritto internazionale del sistema Oil e diritto comunitario in materia sociale*, e al parere della stessa Corte 19 marzo 1993, in Foro it., 1994, IV, 4 ss., con nota di MARTINES, *Sulla competenza comunitaria a concludere convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro*.

Per un conflitto di tal genere già in atto nel nostro ordinamento v. BARBONI, *La tutela dei crediti da lavoro in caso di insolvenza del datore di lavoro tra fonti interne e fonti internazionali*, in corso di pubblicazione in *Dir. com. e scambi internaz.*, ove ulteriori riferimenti.

ripercuotono non solo sull'assetto costituzionale degli Stati membri ma sulla formazione e sull'efficacia dell'azione dell'O.I.L.: si dubita ormai che i singoli Stati possano continuare a ratificare autonomamente le convenzioni, soprattutto se in contrasto con fonti comunitarie, ma, si dubita pure della prevalenza di queste fonti sulle fonti europee; si dubita, infine, della possibilità di partecipazione dei singoli Stati alla discussione nelle Conferenze Internazionali, impedendo così *alla base* la formazione e la circolazione di principi internazionali comuni<sup>4</sup>.

La storia e la comparazione insegnano che, nei momenti in cui più grave apparve il monopolio dell'"universo normativo" da parte del legislatore politico - o dell'autorità del "testo" nell'esperienza del diritto comune - è fiorita la teoria dell'abuso del diritto che fornì al giurista un insostituibile strumento per applicare la legge tutte le volte che questa conteneva un "errore di programmazione normativa"<sup>5</sup>. Nasce così, accanto al diritto legale un diritto giurisprudenziale con la precisa funzione non solo di colmare eventuali lacune legislative, ma soprattutto di adeguare, con vera opera creatrice di diritto, l'ordinamento legale all'ordinamento vivente<sup>6</sup>.

---

4. Particolarmente intenso si manifesta ora il dibattito sulle ripercussioni di queste "aperture" dell'ordinamento interno alle fonti internazionali e soprattutto comunitarie che fa intravedere un sistema di fonti integrate: PERLINGIERI, Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema *italo-comunitario* delle fonti, Napoli, 1992; SORRENTINO, Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?, in Pol. dir., 1994, n. 2, p. 189 ss.; FERRERI, Nella spirale delle fonti integrate. A proposito di un libro recente, in Riv. dir. civ., 1994, p. 105 ss.) che propone nuovi interrogativi sulla democraticità degli assetti costituzionali degli Stati: così, in termini assai crudi, il Bundesverfassungsgericht 12 ottobre 1993; CARTABIA, Il pluralismo istituzionale come *forma* della democrazia sovranazionale, in Pol. dir., 1994, n. 2, p. 203.

Con diversa angolazione, JUDICA, Nostalgia dei principi generali del diritto comune nell'Europa di fine millennio, in Atti del Convegno "I cinquant'anni del codice civile", Milano, 1993, II, p. 459. In questa prospettiva, v. già CESSARI, In tema di trasformazioni dell'impresa e democrazia industriale, in Democrazia industriale e democrazia azionaria, Milano, 1983, p. 34 (in fine). E v. pure la successiva nota 6.

Sul piano internazionale e in particolare sulla funzione dell'OIL, v. MAUPAIN, *Particularismes institutionales et vocation universelle: les défis croisés des relations CEE-OIT*, in Rev. gen. de droit international public, 1990, p. 50 ss. Su tali temi v. pure le considerazioni svolte nel mio scritto Il principio "internazionale" di favore verso il lavoratore subordinato, in Dir. com. e scambi intern., 1986, p. 603.

5. Così, pressoché testualmente, GAMBARO, voce Abuso del diritto, II. Diritto comparato, in Enc. giur. Treccani, Milano, 1988, p. 4.

Sul piano europeo v. ora gli Atti del 19° Colloque de droit européen 6-9 novembre 1989, Conseil de l'Europe, Affaires juridiques : *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles*.

6. Oltre ai classici scritti di LOMBARDI VALLAURI e di GORLA, v. recentemente BEAUD, *L'Europe et le droit*, in Droits 1991, p. 4 ss; RENOUD-ZAGAME, Le droit commun européen entre histoire *et raison*, ivi, p. 28 ss., nonché gli aa. citati alle note 1 e 7, che ripropongono il dibattito sul piano europeo.

È perciò sintomatico che proprio in questo momento storico tornino a presentarsi, con una certa frequenza, studi dedicati all'approfondimento delle discusse categorie dell'abuso del diritto e dei principi generali del diritto<sup>7</sup>.

Altrettanto indicativo e pregno di significato – questa volta, però, negativo – che, proprio nel diritto del lavoro<sup>8</sup>, si manifestino invece segni di totale chiusura e sordità a questa insopprimibile e sempre più pressante esigenza. Alla individuazione di "segni" siffatti e alla ricerca, forse utopistica, di opposti presagi di apertura verso più ottimistiche ère è dedicato questo studio.

1. – Il legislatore attuale evita questi temi. La crisi economica esige interventi rapidi, essenzialmente pragmatici, per sanare le continue falle che si aprono nel sistema economico<sup>9</sup>. E urgente pacificare le parti sociali, i

---

Sulla diversa importanza assunta dal "diritto vivente" nel nostro ordinamento nella giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale, v. l'approfondita opera di PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente" – Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

7. LEVI, *Abuso del diritto*, Milano, 1993; ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di Judica e Zatti, Milano, 1993. E tornano pure le meditazioni volte a riproporre l'esperienza medievale del diritto comune come possibile modello: JUDICA, *Nostalgia*, cit., *Zoo cit.*, ove citazioni (v. pure gli aa. citati alla nota precedente).

Su tutte queste sconvolgenti ma affascinanti prospettive, v. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, spec. p. 200 ss., 215 ss., 251 ss. e, dello stesso autore, *Ces après particularismes*, in *Droits*, 1991, p. 17 ss. Inoltre: SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, ivi, p. 73 ss; v. pure le osservazioni svolte nel mio scritto *Il principio "internazionale" di favore*, cit., p. 605-608.

8. Diritto di frontiera, nel quale, peraltro, già da tempo è stata avvertita la drammaticità della situazione. Su di che v. ampiamente, anche per il ruolo che può svolgere la dottrina dell'abuso nel diritto del lavoro, CESSARI, spec. *Dal garantismo al controllo*, ora in Cessari e De Luca Tamajo, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, p. 127 ss., che afferma: "La rilevanza dell'abuso testimonia l'erosione d'uno dei principi sui quali furono costruiti gli ordinamenti ottocenteschi: il principio della discrezionalità degli atti compiuti in nome della libertà e dell'autonomia privata; dunque, il principio della sottrazione degli atti al controllo giurisdizionale" (p. 128).

Per una indagine sul piano europeo, si veda ALIPRANTIS, *Labus du droit dans les relations de travail*, in *Labus de droit*, cit., loco cit.

9. Ma la crisi è, come risaputo, anche politica e morale. Il "nuovo" sembra fiorire di problemi ulteriori che si aggiungono ai nodi e alle ambiguità da tempo trascinanti nel nostro ordinamento. Non vi è certo tempo per elaborare rimedi o sperimentare nuove soluzioni che esigerebbero freddezza, approfondimento, studio, dialogo con le parti sociali e tra le parti sociali, franca considerazione delle effettive necessità dei protagonisti. Troppa diffidenza, troppa sfiducia – troppi abusi, troppa corruzione – inquinano i rapporti sociali e istituzionali.

gruppi più forti, con mezzi che non consentano discussioni, possibilità di adattamenti o modificazioni individuali o particolari.

Dapprima timidamente e, quasi, in modo surrettizio, ora in modo patente e deciso il legislatore del lavoro ha imboccato la strada del formalismo giuridico - di "un intenso inquieto formalismo"<sup>10</sup> - che, seppure lo costringa ad intervenire continuamente con nuove regolamentazioni e aggiustamenti su materie già disciplinate, tuttavia gli consente di far fronte ai problemi emergenti conservando il consenso dei gruppi più potenti.

È nota a tutti la serie di vincoli, termini, procedimenti, limiti numerici, insomma, infiniti "steccati" di vario genere e natura che costellano la più recente legislazione e che costringono l'interprete - ma, soprattutto, i destinatari - ad acrobazie aritmetiche che ben poco hanno ormai di giuridico: un corpo di balzelli di cui non si capisce più il senso<sup>11</sup>.

La scelta di questa via - comune al legislatore speciale dell'età della decodificazione - assume particolare significato nel diritto del lavoro, andando ad incidere direttamente sull'origine vitale del conflitto che in esso si agita. Questa tecnica giuridica infatti "se da un lato provvede alla tutela di interessi corporativi o di esigenze di status", dall'altro rivela "la profonda disoggettivizzazione degli atti giuridici, identificando ciò che il giurista tradizionale denominava assetto di interessi in un freddo e indiscutibile modulo esteriore". L'esito dell'operazione è evidente: sostituita la particolarità del singolo con la regolarità della forma, si salvaguarda l'interesse corporativo del gruppo<sup>12</sup>. Tale risultato si accompagna fatalmente, sul piano ermeneutico, alla sottrazione di qualsiasi spazio alla interpretazione teleologica: l'interprete deve solo accertare l'osservanza delle formalità previste. Ogni altra valutazione - salvo espressa disposizione di legge - è già stata effettuata dal legislatore e, dunque, non può essere ridiscussa.

Si rivela allora la reale portata di questa tecnica legislativa: "il formali-

10. IRTI, *Idola Zibertatis*, Milano, 1985, p. 28.

11. Il dibattito su tali temi è ormai assai nutrito: per tutti, v. CASTRONOVO, *Decodificazione, delegificazione, ricodificazione*, in *Atti del convegno "I cinquant'anni del codice civile"*, Milano, 1993, II, p. 488, ove amplissime citazioni. Ora si estende però anche al diritto internazionale: JAVILLER, *Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité. Libre propos d'un juriste du travail*, in *Rev. intern. du travail*, 1994, p. 534 ss.

12. Ancora IRTI, *op. cit.*, p. 40. Dunque, la morte dell'individuo, della persona e la vittoria dei gruppi. Solo i gruppi "più rappresentativi" - ossia più forti, perché più numerosi e potenti - possono influire sulle valutazioni del legislatore.

Negli ultimi sviluppi, peraltro, tale tecnica rischia di travolgere il suo stesso Autore, poiché i gruppi sono divenuti talmente forti che tentano di prevalere su di esso (così CESSARI, *Pluralismo, neocorporativismo, neocontrattualismo*, ora in *Studi in memoria di D. NAPOLETANO*, Milano, 1986, spec. p. 12 ss.).



simo è una sapiente tecnica di controllo istituzionale" che elimina il conflitto, distruggendo la sua fonte: il valore del singolo<sup>13</sup>. Il monopolio politico dell' "universo normativo" è così integrale<sup>14</sup>.

2. - Facile verifica di quanto fin qui esposto può ottenersi confrontando le norme del codice civile che disciplinano il contratto di lavoro e, in particolare, gli artt. 2103 e 2106, con le corrispondenti riformulazioni introdotte dallo statuto dei lavoratori.

Il legislatore codicistico procede ponendo principi ai quali devono attenersi le parti nell'adempimento del contratto di lavoro, fissando per il datore il principio della modificabilità unilaterale delle mansioni del lavoratore solo se ciò sia richiesto dalle esigenze dell'impresa e in ogni caso "purchè...non porti una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui", ammettendo peraltro pattuizioni contrarie: ciò che consentì, come noto, lo stravolgimento della norma in sede applicativa.

L'art. 2106 fissava l'altro principio in base al quale la violazione degli obblighi di cui agli artt. 2104 e 2106 autorizzava l'imprenditore ad infliggere sanzioni disciplinari "secondo la gravità dell'infrazione e in conformità delle norme corporative".

Norme di questo tenore potevano consentire alla giurisprudenza post-costituzionale un'interpretazione assai aderente alle esigenze reali, solo che si fossero colti i principi del nuovo assetto costituzionale in ordine alla individuazione delle fonti di diritto e alla loro gerarchia: essi perseguono infatti l'intento di permettere l'ingresso nell'ordinamento dei mutamenti che si producono nella realtà sociale in una continua osmosi tra fatto e norma<sup>15</sup>. Ciò che avvenne per il diritto sindacale - sia pure gradualmente

---

13. IRTI, op. cit., p. 39-44.

La tecnica legislativa di cui al testo sembra invece auspicata da ICHINO, *Iper-trofia e crisi del sistema giuslavoristico*, in Riv. it. dir. lav., 1993, 111, spec. p. 168 ss., quale strumento per la soluzione della crisi del "sistema giuslavoristico". Ma la posizione non è isolata: v. infatti da ultimo, GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993, p. 240-241, che auspica l'intervento del legislatore speciale per "frammentare" gli "statuti giuridici del lavoro, superando il discorso della subordinazione in quanto tale", per ritornare "ad una rinnovata legislazione sociale, fondata forse stavolta su nuovi canoni di debolezza" (ove ulteriori citazioni).

Su diversi binari si muove ora D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in A.D.L., 1995, p. 63 ss.

14. V. supra testo e nota 5.

15. Tale metodo fu adottato dai giudici del lavoro assai tardi.

Per la dottrina, v. già agli albori della Costituzione: CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto del lavoro*, in Riv. giur. lav., 1951, I, 165 ss; PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in Riv. giur. lav., 1954, I, 135, MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in Dir. I a ~ 1954, I, 177.

e faticosamente - nell'applicazione degli artt. 39 e 40 Cost. poteva benissimo ripetersi in questa materia<sup>16</sup>.

L'applicazione delle norme in questione seguì - come è noto - tutt'altri criteri tanto che il legislatore modificò detti testi normativi in modo, si disse, da rendere effettiva la tutela dei diritti costituzionali del lavoratore "in fabbrica".

In realtà, l'art. 13 dello statuto dei lavoratori costituisce il primo passo del formalismo giuridico nel diritto del lavoro. Nella prima parte, infatti, si specificano i possibili provvedimenti dell'imprenditore in tema di mutamenti di mansioni, ponendo un rigido divieto di adottarne altri (retrocessione); si prevedono termini per l'acquisizione del diritto alla qualifica connessa alle nuove mansioni, disponendo le relative eccezioni. Viene individuato, inoltre, un nuovo tipo di atto dell'imprenditore - il trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra - per il quale si richiede l'esistenza di "comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive", sempre a pena di nullità.

Dunque: non già regolamentazione - sia pure rigida, secondo la tecnica codicistica - del momento costitutivo del contratto, del quale anzi il legislatore del '70 non si preoccupò minimamente; ma disciplina particolareggiata della fase dinamica del rapporto già costituito attraverso l'individuazione e la regolamentazione di specifici atti unilaterali dell'imprenditore.

---

Impossibile dar conto dell'ampio dibattito in merito alle concezioni del diritto. Per una convincente ricostruzione dell'evoluzione storica e sul suo significato, v. GALANTINO, *Formazione giurisprudenziale* dei principi di diritto del lavoro, Milano, 1979.

Sugli affascinanti temi delle fonti del diritto del lavoro, sul loro peculiare rapporto e sul significato del principio di favore, v. CESSARI, II "favor", cit., *passim*, ove possono vedersi pure le pagine che egli dedica alla confutazione della contrapposta ricostruzione del favor come criterio interpretativo e applicativo di norme legislative o di contratto.

16. V. nota 1.

Certo occorre che esista "una cultura diffusa nel ceto degli interpreti" ad utilizzare fonti sussidiarie del diritto: GAMBARO, op. cit., p. 4, che prosegue: "se gli interpreti condividono un ideale burocratico non vi sarà modo semplice ad indurli ad utilizzare spazi di libertà in cui essi inevitabilmente si sentiranno smarriti" (ivi).

Emerge in questo senso la pesante responsabilità della dottrina anche e soprattutto nei confronti dei giovani che si awiano per questa strada. A questo compito non risponde certo chi si attiene al metodo descritto da PERA, in Riv. it. dir. lav. 1993, II, p. 331. A principi diversi si ispirava CESSARI, *Jura e leges* nel diritto del lavoro, in Studi in onore di Grassetti, Milano, 1980 (può vedersi la risposta di PERA, *Creatività della dottrina?*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1980, p. 617 ss.) e *Sulle origini dottrinali*, cit. Su questi temi, in relazione all'azione, sul piano internazionale, dell'OIL, in occasione del 75° anniversario della sua costituzione, v. ora JAVILLIER, *Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité*, cit., *loco cit.*

Questa tecnica presentò certamente il merito di cogliere l'aspetto organizzativo dell'attività dell'imprenditore attribuendo rilevanza e veste giuridica ai suoi atti di gestione. Peraltro, mentre tale merito restò totalmente in ombra nella elaborazione giurisprudenziale successiva, la norma, intesa nel suo significato letterale, pose immediatamente il problema della sorte degli atti non espressamente disciplinati: si dubita dell'ampiezza dei poteri imprenditoriali e della correlativa possibilità di sottoporli a controllo. Per questa via, si giunge ad elaborare la teoria dei limiti esterni a detti poteri e si afferma la tipicità degli atti dell'imprenditore<sup>17</sup>, aprendo così la strada all'ulteriore dibattito sull'introduzione nel diritto privato di categorie pubblicistiche<sup>18</sup>. Rimase perciò totalmente in ombra l'unica effettiva novità dell'art. 13 st. lav.: la rilevanza giuridica dell'organizzazione dell'attività dell'imprenditore e la giuridicità degli atti in cui essa si traduce<sup>19</sup>.

Le difficoltà applicative e le carenze tecniche della norma in questione – dopo un primo giustificabile plauso – si rivelarono ben presto e sono note.

---

17. Ben pochi interpreti capirono la vera portata dell'innovazione che fu invece assai incisivamente criticata da CESSARI, *Jura e leges*, cit., loco cit.

Riafferma ancor oggi la validità dell'impostazione relativa all'esistenza di soli limiti esterni ai poteri dell'imprenditore, negando la configurabilità di "un controllo di merito sul loro esercizio da parte del giudice", PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in A.D.L., 1995, p. 1 ss.

18. Si allude alla possibilità di utilizzare le categorie degli interessi legittimi o altri istituti pubblicistici (eccesso di potere, procedimento, ecc.). Sul punto v. MAZZOTTA, *Variazioni sui poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, ora in *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, 1994, p. 50 ss.

Assai diversa – come è noto – la proposta di CESSARI, che osserva: "nella concezione più matura dell'abuso (di diritto), le singole norme limitatrici non vengono riguardate sotto l'aspetto negativo di limitazioni esterne allo svolgimento del diritto soggettivo" ma "nell'aspetto dinamico dell'espressione di un mutamento strutturale interno che comporta riflessi funzionali; perciò l'abuso attiene ormai al profilo causale" (Dal *garantismo*, cit. p. 178, in nota; il corsivo è dell'a.).

Il dibattito sull'utilizzazione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro e nel diritto sindacale è tornato di attualità negli ultimi tempi: oltre il già citato volume di Mazzotta, v., sotto vari profili, gli scritti raccolti nell'opera collettanea, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992, e, per il diritto sindacale, CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992, p. 193 ss; ora, con diverse prospettive, D'ANTONA, *Limiti costituzionali*, cit., loco cit.

19. Tali aspetti ho approfondito in *Organizzazione, autorità parità nel rapporto di lavoro*, Milano 1984, sottoponendo ad esame proprio la struttura giuridica dell'attività di impresa.

È interessante che D'ANTONA, op. cit. alla nota precedente, giunga ad individuare la "funzione economica minima" del rapporto di lavoro subordinato "nella integrazione a titolo oneroso della prestazione di lavoro nell'attività del datore di lavoro in funzione dello scopo unitario di quest'ultima" (p. 84). Ove si vede che la distanza dalla costruzione proposta nel mio saggio appena citato (v. spec. p. 170 ss.) è, almeno dal punto di vista descrittivo del fenomeno, ormai minima.

Tuttavia, il nuovo corso di questa disciplina può essere apprezzato in tutta la sua **potenzialità** se posto in connessione con la regolamentazione dell'esercizio del potere disciplinare (art. 7 della medesima fonte), che completa e perfeziona l'opera del legislatore. In questa norma, la frammentazione e specificazione degli atti dell'imprenditore si accentuano al punto che "le fasi dinamiche del rapporto acquistano la complessità di vere e proprie procedure: di serie organiche di forme ...che dispensano la parte dall'onere di controllo e sciolgono il conflitto nella incontestabilità dell'accaduto"<sup>20</sup>.

Si parlò, come è noto, di una sorta di processo penale nell'impresa, con tutte le distorsioni cui diede luogo questa **impostazione**<sup>21</sup>.

La giurisprudenza, **avviata** sui binari tracciati dal legislatore alla ricerca delle caratteristiche formali dei singoli atti e della loro osservanza, si scontrò fatalmente con le difficoltà sistematiche che tale tecnica introduceva.

Unica inevitabile e sicura conseguenza fu la smodata crescita del contenzioso giudiziario alla quale si accompagnò un ancor **più** considerevole aumento delle pubblicazioni specialistiche. Ben presto si poté parlare di vero e proprio "*business* della amministrazione del rapporto di lavoro"<sup>22</sup>.

---

20. Sono parole di IRTI, Idola, cit.

Ma vi è chi esalta tale metodo di cui, peraltro, il legislatore più recente ha fatto largo uso. Così, ad esempio, osserva D'ANTONA, "Riduzione di personale" e licenziamenti collettivi: la rivoluzione *copernicana* della l. 223/91, in Foro it., 1993, I, 2026, coerentemente alla sua impostazione, che "la motivazione" che giustifica la scelta dei lavoratori da licenziare sta "nella correttezza del procedimento di selezione, piuttosto che nei criteri stessi" (p. 2030), in armonia, in definitiva, con la disciplina di stampo eminentemente procedurale fornita dalla intera l. 223/91. V. inoltre in tal senso FERRARO, *Formalismo* giuridico e diritto del lavoro, in Dir. lav. rel. ind., 1989, p. 555 ss.

Analoghi problemi, sempre squisitamente e rigorosamente formali, si dibattono ora nell'applicazione della nuova disciplina del trasferimento di impresa, posta in attuazione di una direttiva comunitaria: v. infatti i decreti di Pret. Pistoia 13 aprile 1994 e Pret. Napoli, 7 dicembre 1993, in Foro it., 1995, I, 408 ss. con nota di COSIO, La nuova disciplina dei trasferimenti d'azienda: i primi interventi della giurisprudenza, ove si possono trarre ulteriori citazioni bibliografiche in tal senso.

21. Lo riconosce pure ALLEVA, La Corte Costituzionale e i *licenziamenti* disciplinari, in Dir. lav. rel. ind., 1990, p. 134. V. pure, FERRARO, op. ult. cit., p. 565.

22. ...o della "gestione delle risorse umane" (ICHINO, op. cit., p. 164).

Gli effetti di questa superfetazione di un sistema che alimenta se stesso (così lo stesso autore appena citato) sono moltiplicati e aggravati dalla informatizzazione dei dati giurisprudenziali e dottrinali che, necessariamente uniformano e parificano, con tecniche di estrema semplificazione, situazioni e persone in realtà assai diverse fra loro.

Se a ciò si aggiunge che gli utilizzatori di tali sistemi sono sempre più frequentemente formati sia per utilizzare sia mediante utilizzazione di tali tecniche, si può capire la pericolosità e la drammaticità del momento per tutto ciò che concerne il valore - e i valori - della persona umana.

3. - La vicenda del licenziamento disciplinare costituisce altro esempio eloquente : l'ambiguo richiamo della legge n. 604 del 1966, operato dall'art. 7, comma 4°, st. lav., appalesò un possibile contrasto tra due leggi successive nel tempo.

Il "caso" è troppo noto per ripercorrerne qui i singoli stadi di sviluppo. Mi limiterò ad osservare che la prevalente giurisprudenza - ossequiente alla rigida formula, peraltro ambigua, della legge - giunse a configurare il licenziamento disciplinare come uno strumento di tutela in più di lavoratori già protetti dalla disciplina del licenziamento: la via fu offerta dal collegamento dell'art. 7 con gli artt. 18 e 35 st. lav. per quanto concerne le conseguenze del licenziamento disciplinare nullo<sup>23</sup>.

Nonostante l'intervento reiterato della Corte Costituzionale, il licenziamento disciplinare divenne, nella giurisprudenza dominante, un inutile orpello che ebbe come unici effetti apprezzabili, da un lato, di dar corpo ad una faticosa quanto copiosa giurisprudenza che si attarda sui quesiti più "bizantini" della forma e pubblicità del codice disciplinare; della forma e formulazione dell'atto di contestazione; del rispetto dei termini, ecc.; dall'altro, di rendere uno strumento giuridico apprestato per la rapida soluzione delle piccole inadempienze una fonte di continui contrasti e contestazioni<sup>24</sup>.

---

23. Si vedano gli ultimi epigoni : Cass. 2 marzo 1993, n. 2553 e Cass. 4 marzo 1993, n. 2596, in Dir. lav., 1993, II, p. 293 ss., con nota di MIANI CANEVARI, Licenziamento disciplinare e libertà di recesso. Nuovi contrasti nella giurisprudenza della Cassazione, portata a compimento, ora da Cass. S.U. 5 maggio 1994, n. 4844, (est. Genghini), in Foro it., 1994, I, 2076, in motivazione.

L'ultimo problema, relativo alle conseguenze del licenziamento disciplinare in disprezzo delle norme "procedimentali" nell'area della stabilità obbligatoria e del (residuo) recesso ad *nutum* è stato affrontato da Corte Cost. 23 novembre 1994, n. 398. La Corte accoglie l'interpretazione della Cassazione di cui sopra - che applica l'art. 8, l. 604 del 1966, come modificata dalla l. 108 del 1990 - come "diritto vivente" conforme alla Costituzione, poiché "sarebbe illogico ricollegare a quella inosservanza conseguenze diverse e più gravi di quelle derivanti dall'accertata insussistenza dell'illecito disciplinare". Accade così che il licenziamento "nullo" per vizi formali venga valutato come licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, usufruendo perciò di una tutela meno forte delle più lievi sanzioni disciplinari! In tal modo la Corte Costituzionale, nel tentativo di giustificare la disparità di trattamento anche alla luce della recente l. 108 del 1990, giunge a rovesciare il ragionamento logico sul quale fino ad ora si sorreggevano le pronunce in argomento, aprendo nuovamente la disparità di tutela tra licenziamento e sanzioni.

Sul piano pratico, nell'area del recesso ad *nutum*, il licenziamento invalido per vizi formali produce l'unica conseguenza del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, in quanto detto recesso non potrebbe convertirsi in recesso ex art. 2118 c.c.: Cass. S.U., 5 maggio 1994, n. 4844, cit.

24. I temi elencati hanno formato tutti oggetto di altrettante pronunce della Suprema Corte (v. infatti in Foro it., 1993, I, 1845).

Malgrado l'asprezza del contrasto, il legislatore del 1990 non volle occuparsi del problema: le norme che regolamentavano la fattispecie furono stralciate fornendo così alla Cassazione, nella già citata sentenza a sezioni unite, il fondamento per distinguere tra effetto risolutorio e effetto sanzionatorio del licenziamento.

La medesima norma (art. 7 st. lav.) ha fomentato, più recentemente, un ulteriore e assai singolare dibattito relativo alla possibilità di configurare un "trasferimento disciplinare" del lavoratore che pone questa volta a confronto due norme del medesimo testo legislativo: l'art. 7 e l'art. 13. Possibilità in un primo tempo pressoché unanimemente negata, proprio in base al dettato letterale della norma (art. 7); in un secondo tempo, col progredire della controversia sul licenziamento disciplinare, eccezionalmente ammessa; infine risolta dalla Suprema Corte addirittura negando che il trasferimento disciplinare possa costituire quel "mutamento definitivo della posizione del lavoratore" vietato dall'art. 7 st. lav.<sup>25</sup>.

La discussione prevalente si sposta così ancora una volta sulla presenza o meno degli elementi formali richiesti dalla legge, sul codice disciplinare e sulle conseguenze dell'eventuale trasferimento-sanzione privo dei requisiti, ed è prevedibile l'ulteriore sviluppo della disputa: la possibilità di configurare un trasferimento disciplinare.

4. - Eppure, una interpretazione alternativa del dettato normativo era possibile: approfittando degli spazi vuoti, inevitabilmente presenti in que-

---

25. Dapprima la Corte ammise che il medesimo comportamento può costituire sia fatto disciplinarmente rilevante sia ragione organizzativa che giustifica un trasferimento immediato (Cass. S. U., 24 luglio 1986, n. 4757, in Foro it., 1986, I, 3020); poi ammise il trasferimento come sanzione disciplinare solo quando ciò sia previsto dalla contrattazione collettiva poiché "non sembra che l'art. 7 abbia inteso includere in tale sua previsione una fattispecie così particolare, nella quale il carattere non definitivo del mutamento è passato al vaglio delle OO. SS. sia in sede di contrattazione che di accordo collettivo". La clausola collettiva fa quindi presumere che "ciò corrisponda a precisi interessi delle contrapposte parti".

Proprio in base a queste considerazioni la Corte si lascia peraltro "sfuggire" che "non resta che trarne la conseguenza che la norma dello statuto intende interdire la possibilità della dequalificazione professionale (nelle mansioni) adoperata per fini punitivi" (Cass. 21 novembre 1990, n. 11233, in Giust. civ., 1991, I, 583, est. Genghini; con nota di PAPALEONI).

L'ultimo passo fu compiuto con pronuncia di poco precedente alla sentenza appena citata: il trasferimento, producendo soltanto una modifica *del luogo* di esecuzione del contratto (e non una *modifica del contenuto* del contratto), non trova alcun impedimento nella previsione dell'art. 7; dunque, può costituire sanzione disciplinare (Cass. 9 maggio 1990, n. 3811, in Riv. it. dir. lav., 1990, II, 898, est. Porreca).

ste leggi<sup>26</sup>, e utilizzando gli insegnamenti di dottrine oggi certamente minoritarie, ma più attente allo spirito della Costituzione e al senso profondo del radicale mutamento in atto<sup>27</sup>, la norma, pur nel suo astruso formalismo, poteva ritornare nell'alveo di quella *humani iuris condicio* che contribuisce al suo naturale infinito scorrere. È così possibile concepire un diverso modo di vivere la funzione del giurista che, lungi dall'essere mero portavoce del potere, svolge una serena opera creatrice di diritto per adeguare la astratta formula della legge alla complessa e perennemente mutevole realtà sociale.

Proprio questa giurisprudenza dà "fiato" alla speranza che si manifestino le forze per superare la crisi che attanaglia il diritto del lavoro unitamente però - ed è questa la peculiarità del momento storico - all'intero assetto politico-normativo del Paese.

Nel primo caso, basterà ricordare che la figura giuridica del licenziamento disciplinare nasce dalla contrattazione collettiva - socialmente nacque nella realtà dell'impresa-istituzione: il paragone con la pena di morte nell'ordinamento dello Stato è noto - allo specifico scopo di limitare il potere di recesso dell'imprenditore, fornendo qualche garanzia di difesa al lavoratore. Su questa verità fece perno una sensibile giurisprudenza. Fruendo insieme dello spazio vuoto e dell'ambiguità della formula legislativa, ma soprattutto del convincimento - confermato in più occasioni dalla Corte Costituzionale - secondo il quale il recesso *ad nutum* dell'imprenditore non costituisce più principio generale, essa ripropose la fattispecie del licenziamento disciplinare con l'intento di sottrarre il licenziamento del dipendente da piccole imprese alla astrattezza dell'art. 2118 c.c., almeno nella sua espressione disciplinare<sup>28</sup>? l'art. 7 è infatti collocato nel titolo I della medesima legge che non subisce limitazioni nell'ambito di applicazione. Fu la successiva evoluzione della interpretazione, soprattutto di legittimità, che riportò la norma entro la sua innaturale corazza.

Più articolata e interessante si rivela la vicenda del "trasferimento disciplinare" nell'evoluzione del pensiero della Corte di Cassazione. La prima breccia è rappresentata dall'affermazione che il motivo disciplinare può costituire quelle "comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive" di cui all'art. 2103 (nuovo testo) c.c., quando il comportamento del

---

26. È questa una caratteristica della tecnica legislativa adottata che esige una esasperata precisione descrittiva. Costituisce, peraltro, comune constatazione il frenetico intervento a pioggia del legislatore di quest'epoca: v. *supra* note al paragrafo 1.

27. V. *supra* le note da 15 a 17.

28. Tale intento non ebbe certamente quella giurisprudenza - poi prevalente - che, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1982, limitò gli "effetti" del licenziamento disciplinare nullo entro i confini dell'ambito di applicazione della l. 604 del 1966 e dell'art. 18 st. lav.: v. *supra* par. 3.

dipendente "abbia prodotto delle conseguenze oggettive, o, quanto meno, valutabili alla stregua di un criterio oggettivo"<sup>29</sup>.

Ciò che importa, quindi, è che il trasferimento trovi una adeguata causa giustificatrice: il datore di lavoro può "in tal caso legittimamente far ricorso all'uno o all'altro dei detti provvedimenti"<sup>30</sup>.

Il trasferimento disciplinare non è perciò diverso dal trasferimento di cui all'art. 2103 c.c.<sup>31</sup>; in entrambe le ipotesi è essenziale che esso risulti oggettivamente giustificato; la qualificazione disciplinare deriverà dalla ascrivibilità al comportamento del lavoratore di una situazione che oggettivamente impedisca il normale funzionamento dell'unità produttiva.

La Corte costruisce perciò la cosiddetta "incompatibilità aziendale". Ma ciò che maggiormente interessa è che, per ammetterne la rilevanza, la Suprema Corte è costretta a valutare la capacità di influire negativamente "sulla efficienza e funzionalità" dell'unità produttiva del comportamento del lavoratore, ossia "sul rapporto di collaborazione tra preposto e dipendenti". Tale conseguenza "incide negativamente ed oggettivamente, dal punto di vista tecnico-organizzativo-produttivo sull'unità, essendo causa di disorganizzazione e disfunzione"; quindi, una situazione "non solo di pericolo, ma già di danno, ancorché pregna di pericoli futuri".

Emerge perciò un legame giuridicamente rilevante tra le varie posizioni dei lavoratori coinvolti nell'impresa, legame che entra nella causa del contratto e che determina l'organizzazione delle attività in vista del funzionamento dell'impresa. Tanto che se questo vincolo organizzativo è pregiudicato, viene pregiudicato il funzionamento della singola unità produttiva e della intera impresa. Siffatto pregiudizio è valutabile oggettivamente come lesione dell'intero complesso organizzativo.

5. - L'argomentazione pone in luce un altro tratto caratteristico del contratto di lavoro nell'impresa: se le esigenze oggettive - ossia quelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" - richiedono il sacrificio di un interesse individuale o di una posizione individuale, ciò sarà ritenuto meritevole di tutela, ossia giustificato. Dunque, questa esigenza di funzionalizzare l'interesse del singolo all'interesse dell'impresa è insito nella causa stessa del contratto di lavoro.

---

29. Cass. 16 aprile 1992, n. 4655, in Riv. it. dir. lav., 1993, II, 571 ss.

30. Sono ancora parole della sentenza citata alla nota precedente.

31. La riconduzione del trasferimento disciplinare all'art. 7 permette in realtà di risolvere la questione assai discussa se le "ragioni giustificatrici" debbono essere comunicate al lavoratore contestualmente alla comunicazione del trasferimento e in quale forma. La eventuale fase "procedimentale" non sembra invece particolarmente utile alla tutela del lavoratore quanto piuttosto può servire a procrastinare nel tempo l'esecuzione del provvedimento del datore di lavoro. Effetto, peraltro, conseguibile più correttamente - almeno all'epoca - attraverso l'art. 700 c.p.c.



Ma fino a che punto sarà lecito il sacrificio "giustificato" delle posizioni individuali?

Questo compito è affidato principalmente ai molteplici divieti posti dalle norme imperative (ad esempio art. 2103 c.c. e 15 st. lav.) o dalle norme costituzionali, specificamente o in virtù della norma generale dell'art. 2 Cost. sulle formazioni sociali: la Repubblica infatti garantisce i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle formazioni sociali<sup>32</sup>. E che l'impresa sia formazione sociale in quanto organizzazione di lavoro, ossia di attività di persone, sembra un'idea che viene accettata con sempre maggior frequenza. E, del resto, trova conferma testuale nello "statuto dei lavoratori", titoli I e II<sup>33</sup>.

Ma è intuibile che il conflitto si fa più aspro – e più difficile da individuare il punto di equilibrio – quando si debbano valutare eventuali effetti discriminatori di posizioni individuali in atti dell'imprenditore di portata collettiva: ristrutturazione, richiesta di intervento della Cassa integrazione, licenziamento collettivo, cessione dell'impresa, ecc. La difficoltà raggiunge il suo apice quando si debbano contemperare leggi di protezione contro specifiche discriminazioni – e quindi leggi rigidamente proibitive – o addirittura che vietano determinati atti in periodi prefissati (ad esempio, art. 2110 c.c., l. 1963, n.7), o che accordano concrete tutele preferenziali a soggetti svantaggiati (l. 1968, n. 482), con decisioni che comportino riduzione di personale o, comunque, mutamento dell'organico.

Una eccessiva protezione del singolo infatti potrebbe costituire, da un lato, una discriminazione alla rovescia nei confronti degli altri lavoratori e, dall'altro, un'indebita intrusione nella libertà di iniziativa economica del datore di lavoro.

---

32. Per un maggior approfondimento di tali aspetti è d'obbligo il rinvio a CES-SARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1966, *passim*.

Ora la concezione di cui al testo sembra farsi strada perfino tra gli studiosi del diritto commerciale; v. infatti, da ultimo, MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'attività negoziale*. L'esempio della *fideiussione omnibus*, Milano, 1991, p. 47 ss., che definisce l'impresa come "centro di aggregazione di interessi portatrice al suo interno di una paradigmatica, endemica situazione di conflitto di interessi tra imprenditore, capitalista, prestatori d'opera e mercato" (ivi). Ulteriori approfondimenti e riferimenti su tali temi possono vedersi nel mio già citato studio *Organizzazione, autorità, parità nel rapporto di lavoro*.

33. È evidente pertanto che anche il trasferimento del lavoratore, come ogni altro atto dell'imprenditore diretto ad incidere su posizioni individuali, incontrerà questo limite: ne è spia l'art. 22 st. lav., ma prima ancora l'art. 15, lett. b), st. lav.

Assai interessante Cass. 6 luglio 1992, n. 8610 (est. Panzarani), in Riv. giur. lav., 1993, II, 841 (in motivazione): il trasferimento in sè non lesivo di posizioni individuali può essere concretamente antisindacale se valutato "in un determinato contesto di polemica sindacale" tanto da legittimarne il rifiuto da parte del destinatario. Dunque, questa connessione agisce in condizioni di reciprocità.

Il tema non è affrontato in dottrina che, al più, opera un generico rinvio al divieto di atti discriminatori, salvo affermare poi che, mentre si possono licenziare i lavoratori, assenti per le cause di cui all'art. 2110 c.c. – precisando però che il licenziamento produrrà effetto solo allo scadere del periodo ivi contemplato – non si può licenziare la donna in maternità o nel periodo disciplinato dalla legge 1963 n. 7, in cui opera il divieto di licenziamento per causa di matrimonio. Tali licenziamenti sarebbero infatti "preclusi...a pena di nullità"<sup>34</sup>.

Peraltro, la disciplina introdotta dalla l. 223/91, come modificata dalle l. 236/93 e 451/94, sembra totalmente dimentica di tali problematiche, limitandosi a generici rinvii alla tutela della donna<sup>35</sup>; forse relegandole tra quei "motivi afferenti alla persona del lavoratore", che, in quanto tali, non rientrano nella materia dei licenziamenti collettivi<sup>36</sup>.

Ma, anche adottando tale soluzione, il problema, lungi dall'essere risolto, si ripropone nei termini assai più crudi dell'individuazione di lavoratori totalmente esenti da licenziamenti collettivi. E non si vede perché, ad esempio, un lavoratore di colore non possa essere compreso tra i possibili destinatari di un licenziamento collettivo, ovviamente qualora siano rispettati i "criteri di scelta" adottati per la generalità dei dipendenti di quella specifica impresa.

Se ciò è esatto, non sembra che l'interprete possa sottrarsi al quesito che pone in evidenza come la tutela del singolo non possa realizzarsi in queste circostanze, con gli stessi strumenti adottati per il conflitto di posizioni individuali contrapposte.

---

34. Così, testualmente, MORA, in GALANTINO (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 1993, p. 215-216.

MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. 223 del 23 luglio 1991*, in Riv. it. dir. lav., 1991, I, 425, ipotizza un uso scorretto o irrazionale dei criteri di scelta, o in funzione discriminatoriae, dunque illecita, per il generale divieto di atti discriminatori derivanti da norme sicuramente imperative (art. 15, lett. b), st. lav.). La violazione di detto divieto produce però la nullità dell'atto e non l'annullabilità come previsto dall'art. 223191 (art. 5), per la violazione dei criteri di scelta. Sul tema, da ultimo, DEL PUNTA, in AA.VV., *La nuova C.I.G. e la mobilità*, Padova, 1993, p. 331 ss.; v. pure la successiva nota 38.

35. Art. 8, l. 236193: "nell'attuazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 4, 24, 1.223191 devono essere garantiti i principi di non discriminazione diretta e indiretta di cui alla l.10 aprile 1991, n. 125".

36. In quanto sarebbero licenziamenti individuali secondo le direttive comunitarie. Ma il principio si ricava anche dalla l. 223191: DANTONA, *"Riduzione di personale"*, cit., p. 2032. Peraltro, secondo questo a., detti licenziamenti, essendo individuali, fanno venir meno il requisito della riduzione del personale; provocando perciò, non già la nullità dei singoli licenziamenti, ma l'inefficacia degli stessi (art. 5, comma 3, l.223191). Ciò coerentemente con la ricostruzione su due piani - collettivo e individuale - seguita dall'a. nell'interpretazione della predetta legge. V. però Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in Dir. lav., 1993, II, 286, con nota di VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*.

In questa prospettiva, sembra piuttosto assumere rilevanza un criterio che va emergendo, seppure in maniera ancora confusa, nella recente legislazione: il rispetto del rapporto occupazionale nella specifica impresa tra lavoratori protetti e lavoratori occupati<sup>37</sup>. Detto criterio – che non compare per nulla nelle direttive comunitarie – è previsto dal legislatore per le donne e per gli invalidi: resta perciò aperto l'interrogativo per le altre forme di discriminazione, salvo ovviamente ritenere applicabile, una volta apprezzatane la portata generale, il medesimo criterio oltre i confini normativamente fissati. Va ancora osservato che il legislatore ha inserito tale disposizione, nella l. 223/91, e successive modifiche, al momento della fase applicativa dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare o da porre in mobilità, sottoponendo perciò l'inclusione nel licenziamento dei lavoratori "più deboli" a due controlli, o, meglio, ad un controllo in più rispetto alla generalità dei lavoratori. Ossia: i lavoratori "a rischio", inseriti in un licenziamento collettivo, non possono in ogni caso superare il rapporto proporzionale fissato dalla legge.

---

37. Il criterio di cui al testo comparve per la prima volta nella l. 1977 n. 675 (artt. 24 e 25), per le donne; fu ripreso dall'art. 9, l. 1983, n. 79, per i destinatari del collocamento obbligatorio (sulla cui legittimità costituzionale, v. ora Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 86, in Foro it., 1995, I, p. 1098, che, peraltro, non tocca i profili di cui al testo); in seguito: art. 2, comma 4 bis, l. 1984, n. 863, ove le nuove assunzioni effettuate nominativamente in virtù dei contratti di solidarietà espansivi non devono alterare il rapporto di personale femminile e maschile occupato nell'unità produttiva "salvo che vi sia carenza, dichiarata dalla Commissione del collocamento, di manodopera in possesso delle qualifiche richieste dal contratto collettivo programmato" (peraltro, la norma prevede che il rapporto occupazionale possa risultare alterato nei due sensi); art. 5, lett. h, e art. 9, l. 1987, n. 56; art. 4, comma 5 e art. 8, comma 7, l. 125 del 1991; ricompare ora nell'art. 5, ult. comma, l. 223/91 ad opera della modifica introdotta dalla l. 236/93 (art. 6, comma 5 bis), sempre per le donne, completato con lo specifico riferimento alle mansioni espletate. Quest'ultima specificazione sembra accolta dalla giurisprudenza pretorile, spesso inedita, anche oltre i confini indicati dalla norma in discussione: Pret. Milano, 11 febbraio 1994, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, 179, con nota di MANGIACAVALLI, ove ulteriori citazioni. Va ricordato che l'art. 5, comma 2, l. 223/91, conteneva già il richiamo all'art. 9, l. 1983, n. 79 in relazione agli assunti obbligatoriamente.

È interessante, a questo fine, notare che ad una fattispecie in cui si adotta un criterio di proporzionalità si riferisce la già citata Cass. 16 luglio 1992, n. 8610. Ma soprattutto che, fin dalle prime sentenze di merito in tema di sospensione o riduzione del lavoro con intervento della Cassa integrazione guadagni si è rivelata la duplicità dei profili – collettivo e individuale – che investono le decisioni dell'imprenditore e che, pur nella riconosciuta ampiezza del potere imprenditoriale, incontrano i limiti interni (rapporto di coerenza tra scelte e richiesta di intervento della CIG) e limiti esterni, rappresentati dal divieto di discriminazione e dai principi di correttezza e buona fede (Trib. Milano, 27 gennaio 1984, in Giur. it. 1984, I, 2, 299; Cass. 18 marzo 1986, n. 1876, ivi, 1986, 1456; Corte Cost. 23 giugno 1988, n. 694, in Foro it., 1988, I, 2077, ove, inoltre, si identifica l'interesse collettivo con il mantenimento dei livelli occupazionali).

Proprio per queste peculiarità, il criterio in esame appare adeguato alle esigenze di tutela antidiscriminatoria di un atto che dirige i suoi effetti verso una pluralità di soggetti organizzati e che deve giustificarsi essenzialmente con ragioni di carattere oggettivo, organizzativo-produttivo, aziendale<sup>38</sup>.

È evidente infatti che una eventuale utilizzazione in chiave discriminatoria dei criteri di scelta – o nella individuazione degli stessi, ad esempio nel contratto collettivo o nell'applicazione dei medesimi – non superebbe il vaglio del predetto parametro valutativo. Il quale, fondandosi, inoltre, su un rapporto di proporzionalità, consente di valutare, appunto proporzionalmente, vantaggi e svantaggi derivanti oggettivamente ad ognuno dei contraenti considerati singolarmente, per gruppi specifici o complessivamente.

La tutela antisdiscriminatoria si esaurirebbe peraltro in queste previsioni che, per quanto sopra detto, appaiono utilizzabili soltanto in relazione ai classici "motivi" discriminatori e non in relazione ad altre leggi di tutela che prevedano l'adozione di specifiche misure di protezione.

Non possono perciò farsi derivare ulteriori misure di protezione per la donna: ad esempio dalla legge sulla tutela della lavoratrice madre o dalla legge che sancisce il divieto di licenziamento per causa di matrimonio – contrariamente a quanto deciso dalla Corte Costituzionale<sup>39</sup> – in quanto queste misure esauriscono la loro operatività nell'ambito in cui sono previste<sup>40</sup>.

---

38. Sulla legittimità costituzionale dell'art. 5, l. 223191, v. ora Corte Cost. 22 giugno 1994, n. 268 in Dir. prat. lav., 1994, p. 2827. La questione di costituzionalità del 1° comma della norma era stata sollevata da Pret. Torino 27 maggio 1993 (ord), in relazione agli artt. 3, 39, 41, comma 1, Cost., in Mass. giur. lav., 1993, p. 311 (si vedano però le osservazioni di D'ANTONA, "Riduzione", cit., *loco cit.*). v. ora PERSIANI, Diritto del lavoro e razionalità, cit., spec. p. 21 ss.

39. Corte Cost. 28 gennaio 1993, n. 46.

Ad una rimediazione dell'ambito di applicazione e della ampiezza della tutela offerta dalle norme protettive in relazione al principio di uguaglianza, sembra orientarsi ora una parte del dibattito giurisprudenziale, a volte sollecitato dalla Corte di Giustizia della CE. Da ultimo: Cass. 2 febbraio 1995, n. 1271, in A.D.L., p. 291, sul divieto di lavoro notturno per le donne, e Corte Cost. 10 marzo 1994, n. 80, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, p. 10 ss., sul contratto a termine nel lavoro nautico.

40. Ossia, sul piano della singola posizione individuale che non può prevalere su una "causa" collettiva (del resto, la cessazione di attività dell'azienda, a norma dell'art. 1, comma 5, della l. 1963, n. 7 e art. 2, comma 3, l. 1971, n. 1204, prevale sul divieto di licenziamento, così come, sotto un diverso profilo, la colpa grave della lavoratrice o la scadenza del termine o l'ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice era stata assunta).

Se si accetta una diversa concezione del contratto di lavoro nell'impresa – articolato sulla schema del contratto plurilaterale e, più specificamente sul contratto plurilaterale ad assetto di interessi mediato da una programma di cui *infra*, nota

Sembra possa trovarsi conferma a quanto appena osservato nella stessa legge 236 del 1993, all'art. 6, commi 4 e 5, secondo la quale i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro non vengono computati ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza della lavoratrice madre nelle liste di mobilità; analoga disposizione è prevista per il rifiuto di nuovo posto di lavoro. Dunque, la lavoratrice madre può essere licenziata o collocata in mobilità nelle ipotesi disciplinate nelle leggi in questione<sup>41</sup>.

**6. -** Le osservazioni proposte in merito alla struttura del rapporto risultano avvalorate da un'altra interessante vicenda, non ancora conclusa, che ha visto impegnati giudici di merito e di legittimità e giudici costituzionali: il problema dell'esistenza di un principio inderogabile di parità di trattamento nel rapporto di lavoro.

Anzitutto, si può notare che, analogamente a quanto avvenuto per il licenziamento disciplinare, il dibattito sul tema in discussione risulta diretto dalla Corte Costituzionale.

La parità di trattamento tra lavoratori, ammessa da una parte dei giudici di merito, negata strenuamente dalla Corte di Cassazione, "imposta" in via interpretativa dalla Corte Costituzionale, fu accolta in un primo tempo, pressoché supinamente dalla Corte di Cassazione, mentre qualche perplessità cominciava a comparire fra la magistratura di merito. Avversata dalla dottrina dominante, comincia ora a registrare il ritorno sui suoi passi della giurisprudenza di legittimità, lasciando intravedere un nascente contrasto tra Sezioni Unite e Sezione Lavoro<sup>42</sup>.

---

52 - si può ricostruire giuridicamente l'efficacia collettiva della fattispecie "licenziamento collettivo" sulle posizioni individuali che si intersecano con essa. Proprio questo riferimento della causa al complesso organizzativo rende insensibile il vincolo organizzativo alle vicende individuali al punto che, almeno in linea tendenziale, la posizione del singolo, per ragioni di forza maggiore o per il venir meno dei requisiti necessari, può risultare "incompatibile" con la qualità di parte del contratto medesimo (arg. ex art. 2159 e 2180 c.c., v. *amplius infra*) il quale, però rimane intatto per gli altri soggetti coinvolti.

41. Dette norme vengono interpretate - a mio avviso erroneamente - da qualche commentatore come riferentisi esclusivamente a casi di sopravvenuta maternità durante il periodo di permanenza in mobilità; ma non vi è alcuna disposizione che faccia propendere per tale lettura. Sembra cogliere questa prospettiva Pret. Milano, 11 febbraio 1994, cit. alla precedente nota 37 che ammette la sospensione, con C.i.g.s., della lavoratrice madre durante il periodo di divieto di licenziamento.

42. Cass. S.U. 29 maggio 1993, n. 6030, in Foro it., 1993, I, 1794, con nota di MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*. La vicenda è troppo nota per ripercorrerne i vari sviluppi e i commenti della dottrina. Sembra, tuttavia, di qualche interesse osservare che le ultime sentenze della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, pur negando - giustamente - l'applicabilità del principio al caso concreto, ne confermano in qualche modo l'esistenza: Cass. 29 marzo 1994, n. 3024 (est. Berni Canani) e 17

Come ormai da più parti rilevato, l'argomentazione della Corte Costituzionale poggia non tanto sul principio costituzionale di parità di trattamento – che in realtà non viene mai richiamato – quanto sulla negazione di un potere di iniziativa economica dell'imprenditore "in termini di pura discrezionalità ed arbitrio" in quanto deve essere sorretto "da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento, che si specifica in tema di quantificazione della retribuzione nel principio *a lavoro uguale salario uguale in uno stesso processo produttivo e in una stessa impresa*"<sup>43</sup>.

---

febbraio 1994, n. 1530 (dello stesso estensore) in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 603 ss. e *Cass.* 8 luglio 1994, n. 6448 (est. Vidiri), *ivi*, 479 ss. negano infatti la pretesa equiparazione perché ritengono giustificato il diverso trattamento del lavoratore "favorito". In dette pronunce anzi viene ripetutamente affermata l'esigenza che l'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore non possa essere privo di giustificazione (le prime due) e la seconda addirittura che anche le diversità di trattamento previste dal contratto collettivo debbano rispondere a "criteri di razionalità", singolarmente esprimendosi in termini analoghi alla Corte Costituzionale quando giudica della discrezionalità del legislatore (v. infatti quanto osserva AMOROSO, *Retribuzioni e mansioni del lavoratore: l'obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e di buona fede*, in *Foro it.*, 1995, I, 186 ss.). Ed è singolare che la dottrina più che negare il principio cerca altre strade per giungere alle medesime conclusioni (per tutti, v. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993, spec. p. 186 ss.). La (discussa) applicabilità del principio al contratto collettivo, coinvolgendo il problema del rapporto tra legge e contratto collettivo non può prescindere dalla valutazione della sostanziale diversa struttura di queste fonti e delle sue ripercussioni sui metodi di interpretazione e raffronto. In proposito non sembra inutile il richiamo alle considerazioni svolte nei miei scritti *Un revirement della Corte di Cassazione. Incostituzionalità della legge o interpretazione incostituzionale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, spec. p. 710 ss. e *Nuove frontiere del principio di favore*, *ivi*, spec. p. 700 ss. Su tali temi, v. ora Corte Cost. n. 268 del 22 giugno 1994, *cit.*, che "salva" l'art. 5 l. 223191 nella parte in cui prevede che un accordo sindacale possa derogare alla legge "poiché non si tratterebbe di contratto collettivo normativo ma, adempiendo ad una funzione regolamentare delegata dalla legge" deve "rispettare" non solo l'art. 15 st. lav. "ma anche il principio di razionalità" il cui possibile parametro sono i criteri legali "sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato".

Recisamente contrario a queste costruzioni, coerentemente alla sua iniziale impostazione, v. ora PERSIANI, *Diritto del lavoro*, *cit.*, p. 14 ss.

43. Corte Cost. n. 1031/1989. Come è noto, la dottrina più sensibile – ma purtroppo non certo maggioritaria – arriva da tempo a questa affermazione sulla base del divieto di abuso del diritto nei "rapporti dominati dall'organizzazione degli interessi" di cui è tipica espressione il rapporto di lavoro: SALVI, voce "*Abuso di diritto*". I. *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, *cit.*, p. 5.

Ad analoghi risultati giunge, per altra via, MAJORCA, voce "*Contratto plurilaterale*" in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 22 ss. (*amplius, infra*, spec. note 50 e 52). Totalmente dimentichi di tale prospettiva invece gli aa. citati alla successiva nota 57, che tentano di rispondere alla medesima esigenza, riservando però un largo margine di discrezionalità al datore di lavoro, che rischia di vanificare l'utilità delle proposte.

Ecco, dunque, perché la rinnovata obiezione della Cassazione risulta particolarmente grave e insidiosa: secondo la Suprema Corte, infatti, poiché i rapporti di lavoro nella stessa impresa si svolgono ognuno tra datore di lavoro e singolo lavoratore senza che esista alcun legame o possibilità di comparazione tra singoli rapporti, non può parlarsi di parità di trattamento che vige soltanto tra persone legate insieme da un vincolo giuridico per il raggiungimento di un determinato scopo.

Ma può essere ancora accolta questa ricostruzione? Può ancora concepirsi un contratto di lavoro subordinato destinato a svolgersi nell'impresa attuale come rapporto di puro scambio tra lavoro e retribuzione<sup>44</sup>? Non sembra rispondente alla realtà dei fatti affermare che il lavoratore nell'impresa esegue la sua prestazione senza alcun contatto con gli altri lavoratori, senza dover curare che la sua prestazione si colleghi funzionalmente con quella degli altri lavoratori, che con lui risultino coordinati, insomma senza che la collettività in cui è inserito abbia alcuna ripercussione giuridica sul suo rapporto. Non si può seriamente sostenere che l'organizzazione e, in particolare l'attività di organizzazione, non abbia alcuna rilevanza giuridica ma solo di fatto<sup>45</sup>.

Proprio oggi si assiste infatti ad una sempre più evidente trasformazione – o, se si preferisce, deformazione – di istituti giuridici "individuali" tutte le volte che si scontrano con interessi collettivi o, meglio, che si inseriscono nelle vicende collettive<sup>46</sup>. Il richiamo ai licenziamenti collettivi

---

44. La dottrina tradizionale è ancorata a questa concezione. V. recentemente: MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., anche per una sintesi del dibattito nei suoi ultimi sviluppi.

45. V. infatti GRECO, *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazione* dopo la svolta della Corte Costituzionale, in nota a Cass. 8 marzo 1990, n. 1888 e 9 febbraio 1990, n. 947 e Trib. Genova 22 aprile 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2882; v. pure Pret. Cosenza, 28 ottobre 1983, in *Riv. it. dir. lav.* 1983, II, p. 917, con nota di SILVAGNA, *Parità di trattamento nell'impresa e struttura del rapporto di lavoro*, ove citazioni.

Riconosce l'importanza dell'organizzazione nel rapporto di lavoro, ma funzionalizzandone l'operatività all'interesse individuale dell'imprenditore, arriva a diverse conseguenze, PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, e, ora, in *Diritto del lavoro e razionalità*, cit. Secondo PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, l'organizzazione affrancherebbe il diritto del lavoro dalle categorie civilistiche.

46. V. ora Cass. 1992 n. 8610, cit.. Vi si afferma che il carattere discriminatorio o antisindacale di un determinato atto incidente su situazioni soggettive individuali, soprattutto se comporti condizioni più favorevoli a singoli lavoratori, va valutato nella concreta situazione decisa, onde accertare l'esistenza dell'interesse collettivo da proteggere ex art. 28 st. lav.

È significativo che l'estensore della sentenza appena citata (Panzarani) sia il medesimo di Cass. 28 marzo 1980, 2054 (*Foro it.*, 1980, I, 2058) che, con coraggiosa interpretazione, attuò una sorta di azione positiva giudiziale ante litteram (il riferimento è ovviamente all'art. 4, l. 125 del 1991, ult. comma). Successivamente, l'orientamento fu seguito pure da Cass. 3 novembre 1982, n. 5773, est. Mollica, in Giu-

– subito affiancati, storicamente, dai cd. trasferimenti collettivi (l. 1977 n. 675, artt. 24-25, ora abrogati dalla l. 223191); ma si pensi pure alla problematica del trasferimento di impresa, della cessazione dell'impresa, ecc. – sembra oltremodo eloquente<sup>47</sup>.

Tutte queste vicende risultano inspiegabili, ma, soprattutto, insolubili, se si rimane ancorati ad una ricostruzione del rapporto di lavoro in chiave meramente individuale. Ed è assai significativo in questo senso che dottrina e giurisprudenza, mentre attualmente, tendono per lo più a negare l'esistenza del principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro, diano per scontata l'esistenza del suddetto principio "di rilevanza costituzionale la cui violazione comporta la nullità degli atti contrari"<sup>48</sup> in tema di

---

st. civ. 1983, I, 830, con nota di BALLESTRERO; sulla stessa scia, ma incorrendo, a mio avviso, in una discriminazione alla rovescia, malgrado anticipatrice, a sua volta, dell'art. 3, l. 108 del 1990: Cass. 23 novembre 1990, n. 1311, est. De Rosa, con nota adesiva di MAZZOTTA: il giudice di rinvio sollevò infatti la questione di costituzionalità, ma la Corte con sentenza 13 maggio 1993, n. 234 (in *Dir. e prat. lav.*, 1993, p. 1685), la dichiarò inammissibile per mancata rilevanza nel giudizio a quo. Ultimo epigone di questo orientamento può vedersi in Pret. Catania 22 febbraio 1995 (est. Meliàdò) in *Foro it.*, 1995, I, 1374, peraltro sulla scorta del principio di parità di trattamento "costituzionalizzato" da Corte Cost. n. 103 del 1989.

47. Emblematica, in tal senso, la vicenda della disciplina legislativa del licenziamento individuale e la necessaria, conseguente, distinzione dal licenziamento collettivo, che ha affaticato dottrina e giurisprudenza. Sulla l. 223191, che dovrebbe aver risolto il problema, v. per tutti, D'ANTONA, "Riduzione", cit., *loco cit.*, il quale ritiene che la predetta legge abbia improntato la distinzione tra licenziamento collettivo e individuale sulla "diversità della materia regolata e, di conseguenza, della diversa incidenza dei rispettivi campi di applicazione" (p. 2033); inoltre, il controllo per la riduzione del personale (momento collettivo) è meramente procedurale, mentre è causale per i criteri di scelta (momento individuale).

Il licenziamento rimane quindi figura inalterata in tutte le sue conseguenze tipiche; tuttavia, l'a. nega che si tratti di una pluralità di licenziamenti individuali.

48. La necessità di "assicurare la razionale obiettività e la equa ripartizione tra i lavoratori della fabbrica dei sacrifici derivanti dalla collocazione in Cassa integrazione" fu affermata da Corte Cost. 23 giugno 1988, n. 694 e trovò facile e conseguente conferma nella già citata Corte Cost. 9 marzo 1989, n. 103. Proprio seguendo tali principi il legislatore pose la nuova disciplina di cui alla l. 223191.

Su tali temi, da tempo la magistratura milanese porta avanti una coerente ricostruzione: dalle prime sentenze sul caso Alfa (Trib. Milano, 27 gennaio 1984, in *Giur. it.*, 1984, II, 89, alle più recenti Trib. Milano, 22 marzo 1993 (ord), in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, 977 (ove citazioni delle precedenti pronunce), seguite sempre dalle attente note di MISCIONE (da ultimo: La rotazione nella Cassa integrazione dopo la l. 223/91, in nota a Pret. Milano, 23 marzo 1992, ivi, 1992, p. 915 ss.).

Ricorre alla figura dell'abuso di potere "non sotto il profilo amministrativistico dello sviamento dell'atto dal suo fine istituzionale bensì sotto quello, conosciuto soprattutto nel dir. commerciale, di esercizio del potere fuori dai limiti di liceità, i quali, nel caso in esame, consistono non nelle generiche regole di correttezza e buona fede, ma in precisi requisiti selettivi che tuttavia a quelle regole devono essere conformi" MAZZIOTTI, in Ferraro, Mazziotti, Santoni, *Integrazioni salariali, eccedenza di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992, p. 130 ss. Inoltre:



C.I.G.S. e, specificamente, a proposito dei criteri di scelta dei lavoratori e della cd. "rotazione".

7. - Non posso in questa sede tracciare le linee dogmatiche di una concezione alternativa del contratto di lavoro: sia sufficiente il richiamo a quella dottrina - oggi quasi totalmente dimenticata al punto da comparire assai raramente nella elaborazione scientifica attuale<sup>49</sup>, ma che, tuttavia, continua a produrre i suoi frutti - che ricostruisce il contratto di lavoro sullo schema del contratto plurilaterale per rendere la posizione del lavoratore aderente alla situazione effettiva nella quale viene inserito con la sua stipulazione: per adeguare la legge scritta, immutabile nella sua formula astratta al momento storico in cui fu emanata, alla vita reale in cui deve produrre effetti.

Non è forse inutile ricordare come a pochi anni dall'entrata in vigore del codice civile la più sensibile dottrina denunciava l'inadeguatezza delle norme dedicate all'impresa e al lavoro in essa svolgentesi alla realtà dell'epoca.

Peraltro, la validità del metodo proposto non dovrebbe essere messo in discussione da operatori giuridici che conoscono il diritto del lavoro nel quale larghe fasce di istituti sono nati dal fatto e creati dalla giurisprudenza o comunque modificati in modo da essere sempre rispondenti ai nuovi principi dell'ordinamento e alle esigenze concrete del mondo del lavoro.

Si potrà obiettare che lo schema del contratto plurilaterale risulta assai poco studiato e ancor più sommariamente disciplinato nel codice civile.

Basterà rispondere, anzitutto, che il medesimo è però unanimemente ritenuto l'unico schema contrattuale che consente, nel nostro ordinamen-

---

TULLINI, Clausole generali e rapporto di lavoro, Rimini, 1990, p. 320; ZOLI, Le posizioni soggettive strumentali del lavoratore subordinato, Milano, 1988, p. 273; MORA, op. cit., p. 211.

Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. n. 3242 del 1987, in Mass. giur. lav., 1987, 941.

49. Per tutti, si veda il già citato saggio di D'ANTONA, Limiti costituzionali, spec. p. 82 ss, che riprende fedelmente la nota teoria di CESSARI, Fedeltà, cit. senza mai citarne la fonte. Va inoltre precisato che molto spesso quest'ultimo autore viene anche frainteso, come quando viene classificato tra i sostenitori della natura associativa del contratto di lavoro (da ultimo: LIEBMAN, Individuale e collettivo, cit., p. 137 ss.), non tenendo in alcun conto che l'A. si riferisce al contratto plurilaterale con prestazioni corrispettive, il cui esemplare tipico è il contratto di associazione in partecipazione. Cfr. ora testualmente Corte Cost. 2 luglio 1992, n. 332, in Foro it., 1992, I, 2903. V. pure le note successive e spec. la nota 52.

Sulla discussa "categoria" del contratto plurilaterale v. ora Pret. Forlì, 31 maggio 1993, in Giust. civ., 1994, I, 815 con nota di CALI, Contratto plurilaterale o associativo?, che sintetizza lo stato del dibattito.

to, di costituire un'organizzazione che leghi insieme più persone: tipico esempio è il contratto di società. Peraltro, il contratto plurilaterale è idoneo a regolare sia fattispecie associative in cui le parti si trovano sullo stesso piano e si riuniscono per raggiungere insieme uno scopo comune che esaurisce il contratto medesimo; sia fattispecie di scambio in cui le parti si trovano in posizione di conflitto per quanto riguarda gli interessi da perseguire, ma convergono verso uno scopo comune strumentale che consente ad ognuno di soddisfare i propri interessi individuali che rimangono contrapposti: un esempio è stato individuato nel contratto di associazione in partecipazione che, infatti, spesso risulta difficilmente distinguibile dal contratto di lavoro subordinato<sup>50</sup>.

Di questa stretta connessione della posizione del singolo nel complesso organizzato si è preoccupato il legislatore codicistico nel tracciare lo schema del contratto plurilaterale. Gli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c. chiari-sono – peraltro coerentemente con l'impostazione individualistica del legislatore dell'epoca – che le vicende del singolo vincolo (nullità, annullabilità, risoluzione per inadempimento, impossibilità sopravvenuta) non incidono sull'intero contratto a meno che la "partecipazione" del soggetto "debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale". Proprio su questo dato si misura la "caratteristica posizione che le parti assumono nelle figure contrattuali in oggetto"<sup>51</sup>.

---

50. Ovviamente, quando è conferita o apportata una prestazione di lavoro: in tal caso "la posizione del socio d'opera e dell'associato d'opera, in quanto prestatori di lavoro, è analoga" (Corte Cost. n. 332 del 1992, cit. che, conseguentemente, dichiara l'incostituzionalità dell'art. 4. t.u. 1124 del 1965 "nella parte in cui non comprende tra i soggetti assicurati anche gli associati in partecipazione i quali prestino opera manuale, ovvero sovrintendano il lavoro di questi ultimi"). Ciò, peraltro, non significa che i due contratti non conservino discipline giuridiche differenziate. Sulla distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato, da ultimo: SPAGNUOLO-VIGORITA, L'associazione in partecipazione: una nuova frontiera *del* lavoro subordinato, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 4233 e in giurisprudenza: Cass. 9 dicembre 1992, n. 12052, in *Dir. lav.*, 1993, II, 150 ss. con nota di S. NAPPI.

Per una ricostruzione del contratto plurilaterale v. S. MAJORCA, voce "Contratto plurilaterale", cit., anche per i convincenti rilievi che avvalorano la tesi di cui al testo, spec. p. 27, ove l'a. afferma, tra l'altro, che il principio di cui all'art. 1330 c.c. ha carattere generale in tema di contratti plurilaterali "proprio per la tendenziale oggettivazione della struttura organizzativa cui gli atti in questione si ricollegano" (l'art. 1330 c.c. prevede che la morte o incapacità dell'imprenditore non fa venir meno la proposta di contratto o l'accettazione dell'imprenditore per atti inerenti all'esercizio dell'impresa).

51. MAJORCA, op. cit., p. 23.

La "caratteristica posizione che le parti assumono nelle figure contrattuali in oggetto" fa emergere, secondo Maiorca, "una ulteriore circostanza" che caratterizza questi contratti, ossia l'essentialità delle prestazioni nell'economia del rapporto e, dunque, della partecipazione del singolo al programma. Ciò consente all'a. di in-

Ciò che il legislatore non dice proprio a causa della sua vocazione individualistica, ma che è agevole trarre sul piano collettivo, è che, correlativamente, le vicende che riguardano l'intero complesso di persone organizzate colpiscono tutti gli appartenenti<sup>52</sup>.

Ma altrettanto agevolmente può dirsi che le conseguenze di detti avvenimenti si ripercuoteranno, in via oggettiva, sui singoli componenti *in proporzione* alla posizione che ciascuno ricopre nella "collettività"<sup>53</sup>. A

---

dividuare una autonoma causa di risoluzione del contratto - del tutto sconosciuta rispetto a quelle generali dei contratti di scambio - l'"incompatibilità", che l'a. ricava dagli artt. 2159 e 2180 c.c., in tema di contratti agrari, e ora pure dall'art. 34, ult. com., l. 3 maggio 1982, n. 203 (ma ve ne è pure traccia nelle norme di cui al testo). Le predette norme prevedono che ciascuna delle parti può chiedere lo "scioglimento del contratto" quando "si verifichino fatti tali da non consentire la prosecuzione del rapporto". Da tale principio si evince, secondo l'a., "l'idea di incompatibilità che in vario modo può venirsi a creare fra la partecipazione di taluno, o di ciascuno, dei contraenti e il 'piano di azione' contrattualmente predisposto" (p. 23). Si che nei contratti plurilaterali la "essenzialità" della prestazione non va confusa con l'importanza dell'inadempimento.

Non è chi non veda come questa proposta ricostruttiva si attagli al contratto di lavoro e, in particolare, come sia utile a risolvere le spinose questioni nelle organizzazioni di tendenza. Ed è pure evidente che lo schema associativo o sinallagmatico dello specifico contratto potrà influire sensibilmente sull'effettiva possibilità di esercizio di detto potere. Si ripropone così l'eterno conflitto tra individuo e collettività, suscettibile di diverse valutazioni nell'ordinamento e che, se verte su diritti fondamentali, è oggetto di una specifica norma costituzionale (l'art. 2 Cost. più volte citato).

52. S. MAJORCA, op. e loco cit., che ritiene che dalle disposizioni dell'art. 1420 ss. c.c. emerga "una ulteriore configurazione del contratto, solo in parte conciliabile con la definizione ricavabile dall'art. 1321 c.c. e fondata piuttosto sull'art. 1322 c.c." (p. 17) che l'a. definisce come "contratti ad assetto di interessi mediato da (o finalizzato ad) un programma". In tali contratti - i soli veri contratti plurilaterali secondo l'a., - la valutazione dell'importanza dell'inadempimento ai fini dell'art. 1455 c.c., "proprio a causa della diversità del sinallagma e quindi degli interessi in gioco" rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive, "deve incentrarsi sulla gravità della mancata proporzionalità che deve sussistere nella partecipazione di tutti i contraenti al programma concordato", ossia del rapporto che deve sussistere, secondo tale programma, "fra i vantaggi (o comunque il soddisfacimento degli interessi) derivanti dal perseguimento dello scopo comune ed i sacrifici effettivamente sostenuti da ciascuna parte (ivi, il corsivo è dell'a.),

Sull'assetto degli interessi nel contratto di lavoro nell'impresa, diverso rispetto alla logica commutativa che sorregge i contratti di scambio, v. CESSARI, *Sulle origini dottrinali*, cit., spec. p. 27 ss. (dell'estratto).

53. V. note 52 e 51.

Rileva infatti CESSARI, *Sulle origini*, cit., p. 27 (dell'estratto) che la proporzionalità "se inerisce alla funzione del contratto, è rivelatrice sicura di una connotazione diversa da quella commutativa". Nella visione dell'art. 36 Cost. "la retribuzione s'affranca irrimediabilmente dalla funzione di misura dell'utilità attribuita al datore di lavoro del bene-lavoro dedotto in una obbligazione di scambio".

queste regole si attengono infatti le specifiche discipline dei contratti nominati di questa categoria.

È tempo di trarre alcune conclusioni da quanto fin qui esposto.

In primo luogo può affermarsi che la posizione di ognuno risulta *funzionalmente* collegata al raggiungimento dello scopo intermedio sul quale deve misurarsi ogni vicenda che afferisca alla vita del medesimo.

L'intensità della ripercussione dei predetti eventi sulle posizioni individuali è data dal criterio della proporzionalità, la rilevanza della posizione di ciascuno nell'organizzazione essendo caratterizzata dalla essenzialità della relativa prestazione nell'economia del rapporto. Il che equivale a dire che dette posizioni non sono sempre le stesse, ma variano in relazione alla quantità e qualità della partecipazione di ognuno al programma. Ma significa anche – e la conclusione appare inevitabile – che posizioni uguali devono ricevere un trattamento uniforme. Ciò può trarsi agevolmente dalle pur scarse norme codicistiche sul contratto plurilaterale.

Da queste premesse consegue allora che uniformità e proporzionalità sono perciò elementi imprescindibili e caratterizzanti la causa organizzativa e, dunque, il vincolo che lega le singole prestazioni dei componenti. Al punto che da un lato può affermarsi la tendenziale irrilevanza soggettiva della maggior parte delle prestazioni individuali nell'organizzazione, che caratterizza queste fattispecie per la "scioltezza" del vincolo individuale rispetto al complessivo contratto; dall'altro, consente di constatare che quanto più essenziale è la partecipazione del singolo al programma, tanto più gravi saranno le ripercussioni, degli eventi che impediscono questa partecipazione, sull'intero complesso.

**8. -** La ricostruzione proposta consente di chiarire definitivamente che l'impresa non è più certamente attività fisica dell'imprenditore, ossia attività posta in essere dalla persona titolare dell'impresa – tranne nei casi ormai marginali di piccolissima impresa – ma attività risultante dal concorso di singoli lavoratori che coordinano fra di loro, secondo le proprie competenze, le rispettive attività individuali in vista del raggiungimento di uno scopo fissato dall'imprenditore. Tale scopo è idoneo – ossia necessario

---

Sulla interpretazione della proporzionalità della retribuzione v. inoltre dello stesso a., Proporzionalità retributiva, in AAVV, Problemi giuridici della retribuzione, Milano, 1981, p. 90 ss.; Giudice del lavoro e conflitto collettivo, in Riv. it. dir. lav., 1983, I, p. 417 e, naturalmente, Fedeltà, lavoro, impresa, cit., p. 110-116.

Cadono così le obiezioni che negano rilevanza all'organizzazione in quanto attinente alla esecuzione della prestazione e non alla struttura del contratto (MAZZOTTA, Diritto del lavoro, cit., p. 123); proprio dall'organizzazione deriverebbe perciò la "reale efficacia qualitativa" (così, parafrasando a contrariis MAZZOTTA, op. e loco ult. cit.) che caratterizzerebbe ulteriormente la specificità del contratto di lavoro subordinato nell'impresa.

e sufficiente - a soddisfare gli interessi anche contrapposti delle parti contrattuali.

L'impresa è allora un complesso unitario - appunto, organizzato - di attività, diverso dalle singole attività individuali, che viene imputato soltanto giuridicamente all'imprenditore.

Questi, a sua volta, ormai raramente è persona singola: sempre più frequentemente, l'"imprenditore" assume la forma di società, preferibilmente di capitali, inserita, mediante il collegamento negoziale, in un "sistema" più o meno complesso di altre società di capitali.

L'impresa come organizzazione di lavoro acquista perciò una vita oggettiva diversa e distinta da quella dei singoli che vi concorrono, ivi compreso l'ormai mitico imprenditore<sup>54</sup>. Dunque, il vincolo che lega insieme le varie attività individuali - o, se si vuole, le singole prestazioni di lavoro - diviene giuridicamente rilevante al punto di condizionare non solo il corretto adempimento delle stesse, ma anche le singole posizioni individuali, oggettivate nel complesso organizzato, che risultano interdipendenti le une dalle altre e tutte, in questo senso, strettamente coordinate e preordinate al raggiungimento di quello scopo strumentale comune che è il funzionamento dell'organizzazione<sup>55</sup>.

Può quindi giustamente affermarsi che con uno strumento giuridico assai raffinato si riesce a scindere l'attività dalla persona che la presta: l'attività del singolo concorre a formare l'attività complessa dell'organizzazione; ma anche il risultato di questa attività - il prodotto materiale della stessa - si crea immediatamente nella sfera giuridica altrui, appunto a titolo organario.

---

54. Per tale ricostruzione v. il mio studio *Organizzazione, autorità, parità nel rapporto di lavoro*, cit. V. pure la nota precedente.

Ciò significa, ad esempio, che l'"interesse del creditore" all'adempimento non potrà essere valutato in termini di utilità individuale - come avviene nei contratti individuali di scambio - ma "deve essere valutato con specifico riferimento alla natura e alla posizione degli interessi in gioco nel contratto plurilaterale, e perciò, .... va anzitutto riferito alla collettività dei contraenti (adempienti) non potendo essere inteso limitatamente a singole parti" (*MAJORCA*, op. cit., p. 22; il corsivo è dell'autore). Si veda la precedente nota 53, per una specifica applicazione nel contratto di lavoro.

55. V. supra paragrafo precedente. Ne consegue, in primo luogo una ricostruzione giuridica del tratto tipico del contratto di lavoro subordinato - la subordinazione - che, come scrivevo nel mio studio *Organizzazione*, cit., spec. p. 47 ss., consiste non tanto nella alienità dell'interesse curato, quanto piuttosto nella diretta imputazione dell'attività di una pluralità di persone che coordinano e integrano le loro attività individuali secondo la "posizione" ad ognuno assegnata nell'impresa, all'imprenditore, o, meglio, per quanto fin qui detto, all'impresa come organizzazione di lavoro. Talché, "risultato materiale" e "destinazione giuridica" - ossia, oggetto e funzione, causa del contratto di lavoro - si realizzano comunque, oggettivamente, nella sfera giuridica "altrui": in questo senso, l'alienazione è totale sotto il profilo sia genetico sia funzionale.

Senza dilungarmi su specifici profili ricostruttivi altrove delineati<sup>56</sup>, mi limiterò ad osservare che per questa via può trovare adeguata spiegazione in termini giuridici la differenza tra licenziamento individuale e collettivo così come ogni vicenda che riguardi l'intero complesso – o una parte di esso – e le vicende del singolo: vi sono infatti vicende che colpiscono il vincolo individuale e che, in via di massima, non influiscono sul "complesso"; mentre le vicende dell'organizzazione colpiscono tutti i singoli rapporti, sia pure con graduazione – quantitativa e qualitativa – diversa.

Risulta ormai innegabile che le singole posizioni individuali sono legate insieme da quel vincolo contrattuale che tutti accomuna nell'impresa e che trova ragion d'essere nella cd. causa organizzativa. Sì che ogni atto organizzativo deve trovare la sua ragione giustificatrice oggettiva in essa: ogni situazione uguale dovrà essere trattata in modo uguale, salvo che esista un motivo, meritevole di tutela secondo il nostro ordinamento, idoneo a giustificare la differenziazione<sup>57</sup>.

Ogni atto organizzativo dell'imprenditore non dovrà violare norme imperative di legge o essere comunque determinato da motivi illeciti (artt. 1324 e 1345 c.c.). Tali principi valgono sia in tema di qualifiche o mansioni e retribuzione sia per qualunque atto dell'imprenditore il cui potere si giustifica esclusivamente sulla causa del contratto di lavoro subordinato.

Proprio in questa prospettiva sembrano orientarsi le più recenti sentenze della Cassazione, sia pure in modo ancora incerto e non privo di picchi e contraddizioni<sup>58</sup>.

---

56. V. supra, nota 54.

57. Contro questa concezione contrattualistica si pronuncia PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, spec. p. 102-103 (testo e nota), peraltro non cogliendo minimamente che la ricostruzione proposta – articolandosi appunto sulla struttura del contratto plurilaterale non associativo – consente tra l'altro, di attribuire un significato giuridico alla subordinazione – l'alienità dell'attività e del risultato – che diviene veramente l'elemento individualizzante del contratto di lavoro nell'impresa.

Al contrario, la tesi prospettata dall'a. riaccende in realtà – come del resto altre recenti teorie (PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985; LIEBMAN, op. e loco cit.; SCARPELLI, *Autonomia collettiva e rapporto di lavoro*, Milano, 1993) – le mai sopite reminiscenze di antiche concezioni acontrattuali del rapporto di lavoro commiste con elementi pubblicistici dell'organizzazione come, procedimento-procedimentalizzazione (v. spec. 122 ss.)

58. E assai significativo infatti che quelle conseguenze che si negano come effetto della "parità di trattamento" vengano poi raggiunte per altre vie dalla stessa Corte di Cassazione: usi aziendali utilizzati oltre che per giustificare l'efficacia generalizzata dei contratti collettivi aziendali (su di che v. ora Cass., S. U., 30 marzo 1994, n. 3134, est. De Luca, in Foro it., 1994, I, 2114, in motivazione) anche in tema di assegnazione di mansioni e qualifiche (Cass. 6 ottobre 1993, n. 9899, in Foro it. 1994, I, 1500; Cass. 17 febbraio 1994, n. 1530, in Not. giur. lav., 1994, 60 ss., la quale, in motivazione, tra l'altro afferma che "una totale assenza di ragioni manifeste di differenziazione può far presumere dette violazioni e conseguentemente, in

9. - Sotto il profilo ricostruttivo, definire il contratto di lavoro nell'impresa contratto di organizzazione di *attività di persone* - e non di cose o energie cedute all'imprenditore - che si impegnano a coordinare le proprie attività con quelle di altri soggetti ugualmente coinvolti nel medesimo contratto, comporta una serie di conseguenze assai sconvolgenti nello schema contrattuale civilistico, divenendone il dato caratterizzante<sup>59</sup>. Ma forse la più rilevante e determinante è che la persona del lavoratore non è semplicemente "implicata" nel contratto, ma diviene protagonista indispensabile del contratto stesso.

Si spiega così la singolare e assai incisiva esigenza che vengano tutelati, rispettati e, possibilmente incentivati i diritti della persona e i diritti inviolabili dell'uomo.

Paradossalmente anzi, questi diritti oltre che costituire barriere inviolabili da parte dell'imprenditore - i vari divieti costituzionali - rappresentano i propulsori dell'attività dell'impresa nel suo complesso: solo infatti se i lavoratori impegneranno le proprie doti e capacità personali, professionali e creative - dunque, la propria persona - nell'impresa l'attività della stessa risulterà sempre più qualificata e qualitativamente accresciuta<sup>60</sup>.

---

caso di contestazione, il datore di lavoro ha l'onere di fornire una giustificazione"; v. anche la precedente nota 42.

In generale, può rilevarsi che le fattispecie concrete analizzate dalla Corte non rientravano nel principio di parità di trattamento che non significa automatica estensione del trattamento differenziato, ma solo di quelle differenze che non trovino giustificazione adeguata (Corte Cost. n. 103 del 1989) e che proprio per questo ledono, secondo la Consulta, la dignità del lavoratore (emblematica in tal senso la sentenza n. 1530 del 1994, appena citata).

Riconosce che "si è probabilmente molto vicini all'accoglimento del principio di parità di trattamento" nel senso di "divieto di discriminazioni arbitrarie e immotivate", ZOLI, La tutela di posizioni "*strumentali*", cit., p. 207 ss. e 210 ss., che, però nega l'esistenza di tale principio, preferendo l'utilizzazione di clausole generali perché detto principio "rischia di condurre a concezioni troppo restrittive". Peraltro, l'applicazione di clausole generali rende necessaria "una valutazione comparativa delle situazioni soggettive degli interessati". Con il che non si capisce più quale sia il fondamento giuridico della proposta (e si vedano le considerazioni a pag. 211). Si vedano inoltre le critiche formulate da PERSIANI, Diritto del lavoro, cit., p. 34 ss.

59. Ne consegue, fra l'altro, che il contratto di lavoro attiene all'impresa e non all'azienda, come invece comunemente ritenuto.

Trova così giustificazione giuridica il convincimento - che costituisce ora *ius receptum* - secondo il quale il ridimensionamento aziendale, presupposto del licenziamento per riduzione di personale, può consistere anche ed esclusivamente in una riduzione di personale (senza riduzione degli elementi materiali dell'azienda), da ultimo: Cass. 27 aprile 1992, n. 5010, in Riv. giur. lav., 1993, II, 112. In dottrina, v. MONTUSCHI, op. cit., p. 434. V. pure la precedente nota 55.

60. Per il significato a cui si accenna nel testo proprio dei diritti indisponibili per natura, ossia perché inscindibili dalla persona che ne è titolare, v. il mio studio *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori subordinati*, Milano, 1978, spec. p. 281 ss.

È altrettanto chiaro peraltro che da questa nuova posizione del lavoratore nell'impresa, sia come singolo sia come parte di un tutto, discendono nuovi diritti altrettanto sconosciuti al vecchio ordinamento: diritti di informazione, di difesa, di controllo, ecc. Ma anche obblighi che essenzialmente discendono dall'essere partecipe e fruitore di tutto ciò che attiene al funzionamento dell'impresa, sia pure con diverso grado di intensità in base alla posizione che egli ricopre. Sì che quell'obbligo di fedeltà - come già è stato scritto or sono quasi trent'anni - assume un diverso contenuto rispetto alla formulazione originaria, andando a colorarsi nelle pieghe dell'abuso del diritto.

Ogni atto dell'imprenditore diviene causale, con conseguenze che si ripercuotono in ordine all'onere della prova e, soprattutto in ordine all'efficacia della sentenza resa su posizioni strutturalmente connesse nell'impresa<sup>61</sup>.

Sembra evidente infine che tale concezione è più idonea a consentire un uso corretto dei poteri dell'imprenditore senza costringerli entro corazzate formali, d'altro canto, garantendo idonei mezzi di difesa al lavoratore.

Proporzionalità e, per converso, uniformità - o, se si vuole, intesa in questo senso, *parità* - di trattamento, e principio di favore rispondono perciò ad una medesima esigenza, radicandosi entrambi nel principio che impone di valorizzare chi vive del proprio lavoro e in esso si esprime.

10. - Cogliere l'importanza del sostanziale rovesciamento che si è prodotto nella concezione del rapporto di lavoro nell'impresa significa sciogliersi dall'equivoco di una tutela formale che produce inutili vincoli pro-

---

61. CESSARI, Giudice del lavoro, cit. p. 429.

Si inquadra in tale problematica pure la recente giurisprudenza tesa a rendere efficaci *erga omnes* i cd. "contratti collettivi gestionali o di proceduralizzazione", che si differenziano dai *normali* contratti collettivi normativi perché hanno ad oggetto "la determinazione dei modi e delle condizioni nelle quali verrà esercitato nell'immediato il potere organizzativo dell'imprenditore" (Corte Cost. n. 268 del 1994, cit.): Cass. 23 gennaio 1993, n. 1102 (est. Farinano) in Not. giur. lav., 1993, p. 631; Cass. 5 febbraio 1993, n. 1438, (est. Rosselli), *ivi*, p. 491; Cass. 14 ottobre 1993, n. 10129 (est. Guglielmucci), peraltro ponendo l'ulteriore problema del soggetto legittimato a concludere detti accordi (r.s.a., r.s.u., sindacato esterno, ecc.). Sul punto v. pure il Protocollo del 3 luglio 1993, già citato, il quale auspica l'intervento legislativo che generalizzi l'efficacia soggettiva dei contratti aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori. V. inoltre Cass. 17 febbraio 1993, n. 1963 (est. Amirante), in Not. giur. lav., 1993, p. 576 che afferma che non sempre i sindacati "agiscono in rappresentanza dei singoli lavoratori ... ma come soggetti esponenziali di meri interessi collettivi".

Su tali temi, v. inoltre le opere di LIEBMAN, SCARPELLI, già citate.

Con la ricostruzione proposta nel testo trova maggior consistenza il convincimento che in questi casi non si tratta di contratto collettivo, almeno nella accezione tradizionale, ma di un contratto che il datore stipula con i propri dipendenti sulla gestione dell'impresa in un determinato momento della vita di questa e che, come tale, riguarda tutti i soggetti coinvolti.



cedurali e burocratici per puntare verso una tutela veramente incisiva perché legata ad esigenze reali del mondo moderno<sup>62</sup>.

La linea di tendenza che può attualmente prevedersi è sempre più polarizzata verso i problemi relativi ai molteplici rapporti, in perenne evoluzione, tra autonomia individuale e collettiva che sempre più sospingono il singolo "verso forme di coercizione e strutture di potere dirette a sostituire ciò che è giusto con ciò che giova" a chi tale potere esercita<sup>63</sup>.

Problemi tutti sui quali se la disciplina codicistica è totalmente assente, la legislazione speciale sorvola o riduce surrettiziamente entro schemi di astratta formalità.

È altrettanto evidente, peraltro, che il profilo così delineato, del rapporto di lavoro nell'impresa non potrà attagliarsi a qualsiasi altro rapporto che non abbia le caratteristiche essenziali del primo. Cosicché, mentre in linea di massima, vi è compatibilità con il rapporto che si svolga con datori di lavoro titolari di una organizzazione di persone e cose che svolga una attività senza fini di lucro, la medesima conclusione non potrà valere per il lavoro domestico o per quei rapporti che si svolgono sul piano esclusivamente bilaterale-individuale.

Del tutto fuor di luogo perciò voler applicare a questi ultimi principi che si giustificano solo in ragione della caratteristica struttura del contratto di lavoro nell'impresa. Trova così sicuro fondamento giuridico la perplessità rispetto alla norma della l. 108 del 1990 che sottopone alla disciplina del licenziamento discriminatorio nell'impresa il rapporto di lavoro domestico.

Per converso, si può spiegare come possano esistere fattispecie diverse di lavoro dipendente in relazione alla presenza o meno dell'elemento organizzativo o addirittura della maggiore o minore incidenza di esso sullo specifico contratto: si pensi al lavoro a domicilio, alle nuove forme di lavoro cd. atipico, al contratto part-time, ecc.<sup>64</sup>.

---

62. CESSARI, op. e *loco* ult. cit.

Su tali temi, da ultimo, GAETA, Lavoro a distanza, cit., con risultati e metodo del tutto opposti.

63. CESSARI, op. ult. cit. e *Sulle origini giurisprudenziali*, cit.

64. V. infatti ora D'ANTONA, *Limiti costituzionali*, cit., p. 82 ss.

Seguendo la linea di pensiero di cui al testo, l'estensione della l. 223/91 ad opera della l. 236193, nella parte che concerne la disciplina dei licenziamenti collettivi alle imprese artigiane risponde ad una esigenza ontologica: non dipende cioè dal numero di licenziamenti effettuati nel tempo previsto, ma dalla "qualità" della causa che giustifica il licenziamento. In questo senso, la rilevanza della distinzione tra licenziamento individuale e collettivo rimane proprio sul piano qualitativo: anche per l'impresa artigiana può verificarsi una causa di risoluzione del rapporto che coinvolga buona parte dei soggetti inseriti. Tutto ciò non deve sorprendere poiché è noto che la qualità di imprenditore di una delle parti del contratto può comportare notevoli trasformazioni strutturali sia su taluni contratti tipici (contratti d'opera - appalto-spedizione) sia sull'"agire

Certo, simile opera interpretativa esige un notevole impegno personale dell'operatore giuridico che non potrà arroccarsi dietro formule burocratiche o computerizzate. Innegabile però che certi nodi contro i quali il dibattito giurisprudenziale si è arenato – sprecando tante energie – potrebbero essere più agevolmente avviati a soluzione.

Accogliere siffatta concezione significa altresì indurre un ridimensionamento del contenzioso dei giudici del lavoro non già sottraendo spazi alla loro competenza – come qualcuno vorrebbe<sup>65</sup> – ma riportando la materia entro il naturale alveo della loro funzione.

Il giudice potrà così tornare ad esercitare il ruolo che gli è proprio: se è vero che "spetta ad una giurisprudenza veramente creatrice il grave ma esaltante compito di ridurre il diritto formale a servizio della giustizia sostanziale"<sup>66</sup>.

#### ABSTRACT

The author reconstructs the contract of employment in the enterprise and some of the most discussed institutes connected to it, in opposition to the increasing legal formalism that invades labor law and reduces it to a confused mass of bureaucratic rules. The author uses a method which allows law to approach to Justice.

In opposizione al dilagante formalismo giuridico che invade il diritto del lavoro, riducendolo ad una insensata congerie di regole burocratiche, l' a. ricostruisce il contratto di lavoro subordinato nell'impresa e alcuni degli istituti ad esso collegati di più discussa applicazione, utilizzando un metodo interpretativo che consente di ricondurre il diritto formale alla sua funzione di giustizia sostanziale.

---

privato non appartenente a modelli negoziali precostituiti" (ad esempio: contratti bancari).

Su tali temi v. ora MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale*, Milano, 1991, p. 90 ss. da cui sono tratte anche le citazioni.

65. ICHINO, op. e loco cit.

Con un inspiegabile rigurgito antiburocratico, parte della dottrina rifiuta il principio anche per ragioni di ordine pratico relativo alla documentazione che il datore di lavoro dovrebbe tenere per "provare" singoli meriti dell'individuo: LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale: alcuni spunti*, in Riv. it. dir. lav. 1991, I, p. 54 ss., che parla "di vero e proprio sistema di criteri di gestione del personale" (p. 9); PERA, *Sulla parità di trattamento dei lavoratori*, ivi, 1989, II, p. 389.

66. Sono parole di CESSARI, *Giudice del lavoro*, cit., p. 432.

GIUDITTA BRUNELLI - ANDREA PUGIOTTO

Appunti per un diritto probatorio  
nel processo costituzionale:  
la centralità del «fatto»  
nelle decisioni della Corte(\*)

1. Premessa. - 2. Tecniche decisorie della Corte costituzionale nelle quali si riconosce comunemente la centralità del profilo fattuale della questione. - 3. Gli elementi fattuali presenti ed utilizzabili nell'ambito del procedimento referendario e nel sindacato di legittimità sul suo seguito legislativo. - 4.1. «*Verba legis*», «*regulae juris*» e «contestumani» nella materia dei diritti costituzionali. - 4.2. Gli strumenti d'indagine probatoria nella disponibilità della Corte e la necessità di calibrarli sulla struttura del singolo diritto. - 4.3. I «fatti» nei giudizi d'eguaglianza e nei giudizi aventi a parametro norme direttamente attributive del diritto. - 4.4. La Corte come garante dell'effettività della tutela dei diritti costituzionali. - 5. Il possibile controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici della legge penale. - 6. Gli elementi fattuali come componente essenziale dell'oggetto del sindacato di costituzionalità. - 7. Il «fatto», la «concretezza», la «natura» del sindacato di costituzionalità ed i suoi rapporti con la lite d'origine.

1. - La riflessione a due voci che intendiamo proporre riguarda la centralità del «fatto» nel giudizio di costituzionalità e come esso «irrompa» con forza irresistibile nel sindacato della Corte<sup>(1)</sup>. Si tratta di un tema che ha cittadinanza nella sessione di questo Seminario dedicata agli aspetti istituzionali del *funzionamento* della Corte costituzionale: l'obiettivo che

---

(\*) Comunicazione al Convegno «L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale», Imperia, 12 e 13 maggio 1995.

Benché il contributo proposto nasca dalla comune riflessione oltre che dalla collaborazione dei due Autori, la dott.ssa Brunelli ha redatto in particolare i paragrafi 1, 4.1, 4.2, 4.3 e 4.4, mentre il dott. Pugiotto ha redatto i paragrafi 2, 3, 5, 6 e 7.

<sup>(1)</sup> Di «irruzione» del fatto nel giudizio costituzionale, anche — ma non solo — attraverso il potere istruttorio della Corte, parla M. LUCIANI, I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi, in *Giur. cost.* 1987, 1047.

ci prefiggiamo, infatti, è quello di dimostrare l'esigenza di un uso più adeguato dei poteri conoscitivi del giudice delle leggi, il che potrebbe probabilmente anche comportare la necessità di formalizzare un nuovo (e più completo) «diritto probatorio» nel processo costituzionale.

Diciamo probabilmente perché, com'è noto, non mancano autorevoli opinioni dottrinali secondo cui i poteri istruttori della Corte sarebbero già ora estremamente ampi<sup>(2)</sup>; si tratterebbe, quindi, soltanto di pervenire ad una loro più frequente, efficace e *verificabile* utilizzazione (il che non esclude, ovviamente, una loro eventuale razionalizzazione normativa)<sup>(3)</sup>.

Ai fini del nostro ragionamento ci serviremo sia di argomenti di natura *induttiva*, ricavati dall'analisi di particolari tecniche di giudizio utilizzate (o utilizzabili) nella giurisprudenza costituzionale, sia di argomenti deduttivi che muovono, invece, da contributi e riflessioni teorico-generalì attinenti all'oggetto ed al modello del sindacato di costituzionalità. Abbiamo scelto, inoltre, di lambire soltanto quei profili della problematica (come, ad esempio, la prassi delle ordinanze istruttorie, il problema della quantificazione degli oneri finanziari delle sentenze additive di prestazione, ovvero il ruolo del dissent anche nell'acquisizione probatoria) sui quali sono già previste in questo Seminario specifiche comunicazioni.

È appena il caso di precisare, poi, che nel parlare di «elementi di fatto» nella *quaestio* legitimitatis non si fa riferimento né a mere deviazioni nell'applicazione concreta di una norma, rubricabili come inconvenienti di fatto certamente privi di rilievo nel giudizio della Corte e, comunque, inidonei ad incardinare un problema di costituzionalità<sup>(4)</sup>, né — tantomeno — alla specifica vicenda del singolo giudizio a *quo*, perché nel sindacato della Corte entra il solo fatto tipizzato, attinente «al significato ed alla portata della norma sottoposta a giudizio, non alle circostanze fattuali della controversia oggetto del procedimento instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria»<sup>(5)</sup>.

(2) In questo senso A. M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.* 1961, 852; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 186 ss.

(3) G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. I, Napoli, 1957, 173, ipotizza, ad esempio, la possibilità di adottare regole opportune attraverso l'emana-zione di altre norme integrative. Per G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 612, la disciplina vigente è fortemente lacunosa, e «tuttala materia del diritto delle prove dovrebbe essere riconsiderata», in particolare alla luce del diritto vivente (sociologicamente inteso).

(4) Sul punto la giurisprudenza costituzionale è saldissima: cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 163 del 1972, 138 del 1979, 208 del 1985, 283 del 1987, 410 del 1990 e, nella giurisprudenza di quest'anno, le nn. 188, 295, 309, 417 del 1995.

(5) Sentenza n. 249 del 1984. Cfr., *infra*, paragrafi 4.1 e 7.

2. - Pacifica e da tempo rilevata in dottrina<sup>(6)</sup> è la centralità del profilo fattuale della legge impugnata nell'uso, da parte della Corte costituzionale, di alcune particolari tecniche di giudizio: in proposito sarà qui sufficiente una breve ricognizione.

È il caso, ad esempio, delle decisioni di accoglimento per *anacronismo* legislativo, quando cioè in conseguenza di mutamenti economici o sociali o culturali dell'ordinamento istituzionalmente inteso, la legge impugnata viene a perdere ogni ratio giustificativa<sup>(7)</sup>: l'accertamento di tali novità fattuali è decisivo ai fini dell'esito del giudizio costituzionale e merita, dunque, adeguata formalizzazione (sul piano del contraddittorio processuale e dell'indagine probatoria, oltre che in sede di motivazione della sentenza).

Tale esigenza è ancora più pressante quando la pronuncia di accoglimento presenti un dispositivo anche formalmente strutturato secondo la tecnica della illegittimità costituzionale sopravvenuta. Ciò vale, in particolare, nei casi in cui essa è motivata con richiamo a mutamenti intervenuti nel quadro socio-economico, nello sviluppo tecnologico o nel contesto culturale capaci di determinare una scissione diacronica nella vigenza della legge impugnata, la quale finisce per risultare solo ora — e non ab origine — non più conforme a Costituzione (cfr., ad esempio, la sentenza n. 50 del 1989). In simili ipotesi i dati di fatto che connotano la *quaestio* sono doppiamente decisivi: non solo per l'esito del giudizio di legittimità (l'accoglimento della questione) ma anche per la fissazione del momento cronologico in cui si è consumata — a parere della Corte — l'illegittimità della legge. Ed è proprio per circoscrivere la «troppo lata discrezionalità che implicherebbe la scelta del dies a quo dell'illegittimità operata dalla Corte in base ai criteri suddetti. <sup>(8)</sup> che sarebbe quanto mai opportuna la formalizzazione della indagine dei dati di fatto assunti dalla Corte a prova della sopravvenuta incostituzionalità.

Altra tipologia decisoria fortissimamente condizionata dall'accertamento di elementi fattuali è rappresentata dalle c.d. *additive* di prestazione, ora pronunciate ora — invece — eluse sulla base di una previa indagine (il più delle volte dissimulata) in ordine ai conseguenti oneri finanziari dell'eventuale dichiarazione di incostituzionalità. La problematica è nota; ci si limita, in questa sede, a richiamare l'attenzione sulla necessità di for-

---

<sup>(6)</sup> A partire, almeno, dalla riflessione di S. BASILE, *L'illegittimità costituzionale sopravvenuta per circostanze di fatto*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, 1966, 31 ss.

<sup>(7)</sup> Ampie indicazioni giurisprudenziali nella Nota redazionale, in *Giur. cost.* 1981, I, 1275-1276.

<sup>(8)</sup> P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 79.

malizzare adeguate procedure che supportino il giudizio prognostico finanziario della Corte. Affidarsi al solo strumento dell'ordinanza istruttoria significa rimettersi alla quantificazione compiuta da una delle parti in causa — l'amministrazione statale — che potrebbe anche essere indotta a fornire dati non corrispondenti al vero<sup>(9)</sup>. Così come relegare l'accertamento dei prevedibili effetti finanziari dell'additiva di prestazione ad un'indagine informale da parte della Corte, può esporre il giudice costituzionale, per un verso, a clamorose smentite e contestazioni capaci anche di incrinarne la legittimazione (come, nei fatti, è accaduto dopo la sentenza n. 240 del 1994 sul problema del cumulo di pensioni) e, per altro verso, alimenta l'impressione di una non motivata e comunque non verificabile sacralizzazione delle logiche di bilancio anche a scapito dell'istituzionale ruolo di garanzia della Consulta<sup>(10)</sup>.

La necessità di acquisire elementi di fatto è addirittura strutturale a talune forme di controllo di costituzionalità quali l'accertamento di vizi formali nell'atto legislativo impugnato ovvero il giudizio sulla legittimità di leggi-provvedimento<sup>(11)</sup>. Così come risulta ineliminabile in molte ipotesi di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, specialmente se sorti da una contestazione relativa ad un atto più che da una lite sulla competenza astrattamente intesa. Il pensiero corre, in particolare, ai non pochi casi di controllo della Corte costituzionale sul modo di esercizio del potere giurisdizionale<sup>(12)</sup> dove è costretta a ripercorrere il procedimento decisivo seguito dalla parte resistente, al fine di verificare che i confini esterni del po-

---

<sup>(9)</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, in *Aa.Vv., Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 191 s.

<sup>(10)</sup> Nel corso del Seminario, Ugo Spagnoli ha, giustamente, segnalato il carattere rischiosamente pervasivo di un simile atteggiamento della Corte: poiché anche nel campo dei diritti civili possono essere avanzate richieste di additive «costose» (è il caso, ad esempio, della *quaestio* in tema di notificazione di atti processuali all'imputato straniero in lingua a lui conosciuta: cfr. sentenza n. 10 del 1993), le preoccupazioni per i conseguenti costi economici potrebbero finire per prevalere sulle esigenze di giustizia.

<sup>(11)</sup> Cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.* 1973, 1497. Ma vedi, di recente, la sentenza n. 347 del 1995 secondo la quale il controllo di costituzionalità su legge-provvedimento «non può esorbitare dai limiti di un esame sulla palese irragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore e non può spingersi fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta medesima», (con testuale richiamo alla precedente decisione n. 66 del 1992).

<sup>(12)</sup> Ma non è affatto escluso che lo stesso accada anche in talune ipotesi di conflitti intersoggettivi: in tal senso, per una «occasione mancata», vedi la sentenza n. 140 del 1990 nella ricostruzione proposta da S. AMBROGETTI, *L'inammissibilità di un conflitto in cerca di «attori» (e di un giudice)*, in *Le regioni* 1991, 599 ss.

tere contestato non siano stati travalicati (1<sup>3</sup>): così facendo la Corte costituzionale finisce, inevitabilmente, per ridefinire la fattispecie concreta in cui si colloca l'atto contestato, e la risoluzione finale del conflitto uscirà — altrettanto inevitabilmente — condizionato dagli elementi di fatto della vicenda concreta ridefinita. Per tutte queste ipotesi (giudizio su vizi formali, su leggi-provvedimento, su conflitti tra poteri) non è dunque un caso che si sia parlato esplicitamente di «questioni di fatto») che costringerebbero la Corte costituzionale a svolgere «veri e propri accertamenti di fatto, simili a quelli che comunemente sono eseguiti da parte degli altri giudici» (1<sup>4</sup>).

Nel solco di una generale ridefinizione della natura non più astratta del giudizio costituzionale in via principale (1<sup>5</sup>), si è infine sottolineato come, anche in tale sede, «il giudice delle leggi non mette a confronto due norme (quella impugnata e quella parametro), ma invece valuta il fatto cui la norma impugnata si riferisce perché, dal fatto, acquisti luce la norma impugnata da interpretare» (1<sup>6</sup>). Non più dunque un confronto logico- astratto tra due disposizioni (legislativa e costituzionale) per i loro significati normativi virtuali, bensì un controllo fortemente condizionato dalla realtà oggetto della disciplina impugnata: da qui la necessità che l'accertamento dei connotati del fatto storico che ha dato origine al conflitto legislativo si rifletta in una motivazione adeguata; da qui anche l'interrogativo se la Corte — allo stato delle cose — sia davvero attrezzata per valutare «il fatto» che entra necessariamente nel suo giudizio (1<sup>7</sup>).

3. - Solo marginalmente, invece, si è sottolineato il ruolo del «fatto» nella logica che guida gli interventi del giudice costituzionale nel corso

---

(1<sup>3</sup>) Cfr. ad esempio, le sentenze nn. 150 del 1981, 70 del 1985, 283 del 1986, 2 e 1150 del 1988, 104 del 1989, nella lettura fattane da P. VERONESI, Il sindacato sul modo di esercizio *del* potere nei conflitti di attribuzione, in *Annali Univ. Ferrara*, Sez. V-Scienze giuridiche, vol. VIII, 1994, 190 ss., che parla a proposito di «sindacato sulla pertinenza dell'*iter* logico giuridico del potere contestato».

(1<sup>4</sup>) A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino, 1971, 45.

(1<sup>5</sup>) Ridefinizione sollecitata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 242 del 1989. Un quadro riassuntivo delle differenti accezioni di «concretezza» riferibili al giudizio in via d'azione è ora in A. PUGGIORIO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 322-327 (e, *ivi*, ulteriori indicazioni bibliografiche).

(1<sup>6</sup>) Così M. CARLI, *Riflessioni sulla motivazione nei giudizi in via principale*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 388.

(1<sup>7</sup>) Cfr., ancora, M. CARLI, *op. cit.*, 388-389.

della vicenda referendaria latamente intesa. Il profilo, invece, sembra meritare maggiore attenzione, poiché la Corte — in più momenti e nell'esercizio di differenti competenze — sembra (o può essere costretta ad) interrogarsi su elementi fattuali relativi al prima, al durante ed al dopo della consultazione popolare.

Il riferimento è, innanzitutto, al momento del giudizio di ammissibilità del quesito referendario.

Recenti decisioni di inammissibilità, quali le nn. 2 del 1994 e 12 del 1995, caratterizzate da una dilatazione incredibile del concetto di «legge di bilancio»<sup>(18)</sup>, si prestano, infatti, ad una lettura in filigrana che lascia trasparire il ruolo decisivo delle preoccupazioni della Corte in ordine all'impatto economico-finanziario di un eventuale esito positivo della consultazione popolare. In ciò, forse, può addirittura vedersi una qualche similitudine tra questa problematica e quella già accennata delle additive di prestazione: in entrambi i casi, centrale e determinante risulta essere l'indagine sulla quantificazione dei costi conseguenti — direttamente o (addirittura!) in via mediata — alla presa di posizione della Corte. Le riserve, ampiamente giustificate, che possono nutrirsi verso un simile approccio iperpolitico della Consulta è opportuno non facciano velo rispetto alla necessità, comunque, di disvelarlo e di impedirne un suo consolidamento.

L'ingresso del «fatto» nella vicenda referendaria e nel ruolo che in essa spetta alla Corte, può registrarsi anche nella ipotesi di un intervento legislativo mirante a prevenire lo svolgimento della consultazione popolare.

A noi sembra evidente il carattere concreto che finisce per assumere il giudizio dell'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione quando è chiamato — ex art. 39 della l. n. 352 del 1970 così come audacemente manipolato dalla sentenza costituzionale n. 68 del 1978 — a pronunciarsi sulla natura innovativa o meno della legge modificativa di quella su cui pende la richiesta referendaria. È infatti chiaro che per «stabilire se la nuova legge non sia per caso una mera recezione degli orientamenti interpretativi consolidatisi sotto la legge anteriore, ossia una riproduzione solo formalmente nuova di vecchie norme»<sup>(19)</sup> sarà necessario — in primo luogo — iden-

---

(18) Cfr. M. A. CABIDDU, *Limiti finanziari dell'ammissibilità dei referendum*, in *Dir. della regione* 1994, 119 ss.; G. GEMMA, *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Giur. cost.* 1994, 22 ss.; U. SPAGNOLI, *Diritti sociali, Corte costituzionale, referendum*, in *Quest. giust.* 1994, 594 ss.

(19) M. TARUFFO, *I poteri dell'Ufficio centrale per il referendum in relazione a «modifiche sostanziali della legge oggetto del referendum»*, in *Referendum, ordine pubblico, Costituzione*, a cura di E. Bettinelli e L. Boneschi, Milano, 1978, 124.



tificare l'esperienza applicativa della legge su cui grava il referendum, il suo significato reale alla luce dei fatti da essa concretamente regolati, per poi — in secondo luogo — confrontarla con la *nuova* normativa. L'apparente confronto logico-astratto tra fonti legislative finisce così per essere realmente effettivo — e davvero rispettoso della *ratio decidendi* della sentenza n. 68 del 1978 — solamente attraverso una robusta iniezione di dati concreti e fattuali. Tutto ciò non è privo di importanti ripercussioni per la Corte costituzionale: se chiamata — in sede di conflitto di attribuzioni promosso dal Comitato promotore — a verificare l'operato dell'Ufficio centrale, sarebbe opportuno (più e meglio di quanto fino ad ora accaduto) che essa ne ripercorresse *l'iter* logico giuridico, anche al fine di accertare se ed in quale misura il modo di esercizio del potere dell'Ufficio centrale ha davvero fatto i conti con il fatto storico della concreta applicazione della legge confrontata.

Infine, la Corte potrà essere chiamata a misurarsi con elementi di fatto anche in sede di giudizio sulla compatibilità costituzionale di una legge successiva al voto referendario ed antinomica al suo esito.

Se dalla consultazione referendaria derivi un vincolo in capo al potere legislativo (e di quale natura e per quanto tempo), è problema che ha trovato in dottrina risposte eterogenee e, più di recente, tentativi innovativi di coerente razionalizzazione con il sistema costituzionale delle fonti<sup>(20)</sup>. Tra le diverse soluzioni, si è anche affermata la legittimità di un intervento legislativo *post* referendum e mirante a ripristinare *ex nunc* la normativa abrogata (ovvero a modificare *ex nunc* la normativa confermata dal voto referendario) subordinandola però ad un presupposto: il sopraggiungere di nuove condizioni oggettive concernenti la materia investita dal referendum svolto<sup>(21)</sup>. Ad accettarla, da questa impostazione deriva un immediato corollario, di sicuro interesse per la riflessione qui proposta: la certa il-

---

<sup>(20)</sup> Per la tesi della superiorità in grado — rispetto alla legge ordinaria — della delibera referendaria, che verrebbe così a connotarsi di una forza di resistenza passiva peculiare, vedi C. MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno nazionale A.I.C., Siena 3-4 dicembre 1993. Per l'idea, invece, di una possibile ricostruzione del rapporto tra legge e referendum attraverso l'applicazione del principio di specialità, cfr. A. MANGIA, *Referendum «manipolativo» e vincolo al legislatore*, in *Dir. Pubbl.* 1995, 449 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr. per la ricostruzione di tale impostazione, R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.* 1994, 2358-2360, il quale porta — in nt. 64 — l'esempio degli esiti referendari in tema di «nucleare» del 1987, che potrebbero considerarsi superabili per via legislativa in presenza di «fatti» nuovi quali, in ipotesi, «una grave ed imprevedibile crisi energetica» ovvero «uno sviluppo successivo delle cognizioni tecnico-scientifiche» idoneo a scongiurare le principali controindicazioni relative all'utilizzo dell'energia nucleare.

legittimità di un atto legislativo, contenente una disciplina normativa in contraddizione con la delibera referendaria, se approvato e promulgato nonostante il permanere delle medesime condizioni fattuali già presenti al momento della consultazione popolare. Spetterebbe alla Corte costituzionale — in sede di giudizio incidentale o di conflitto di attribuzioni da atto legislativo — verificarne l'illegittimità<sup>(22)</sup> e, a tal fine, diverrebbe ineludibile per il giudice della legge condurre un tipo di controllo profondamente contaminato da elementi di fatto, trattandosi di accertare l'intervenuta (o meno) modifica della situazione normativa<sup>(23)</sup> in cui è andata ad inserirsi la legge oggetto di sindacato<sup>(24)</sup>.

**4.1.** - Una efficace utilizzazione, da parte del giudice delle leggi, dei propri (ampi) poteri istruttori, può rivelarsi particolarmente utile nei giudizi inerenti ai diritti costituzionali, proprio per il peculiare significato che in essi rivestono gli «elementi di fatto».

Si è già segnalato in dottrina, sotto un profilo generale, l'indubbio rilievo del «fatto» anche in un giudizio — come quello della Corte — che ha ad oggetto enunciati normativi, rilievo che coinvolge la stessa nozione di concretezza del giudizio di legittimità costituzionale. Oggetto del controllo della Corte non è, infatti, la disposizione nella sua astrattezza e nelle sue possibili interpretazioni (non identificabili e prevedibili a priori), bensì il significato concreto che questa assume nella prevalente applicazione giurisprudenziale ed amministrativa<sup>(25)</sup>.

Per usare la terminologia di Carlo Lavagna, vi è un inserimento dei «*verba legis*» (cioè delle prescrizioni-fonti) nei «*contesti umani*»: da questo incontro nasce poi la norma, come «costruzione modale» esterna — anche se non estranea — alla prescrizione-fonte, costruzione effettuata dall'operatore giuridico (applicatore del diritto) per poter meglio formulare le re-

---

<sup>(22)</sup> Cfr., in tal senso, per il rimedio del conflitto di attribuzioni, C. CHIOLA, Itinerario con i promotori lungo il referendum, in *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bari 1992, 134; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, vol. II, 855; per la via del giudizio incidentale vedi, invece, F. CUOCOLO, Note introduttive *sul* referendum, in *Studi XX Anniv. Ass. Cost.*, vol. VI, Firenze, 1969, 172; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1991, 77; M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 105-106; E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, vol. II, Milano, 1957, 26 in nt. 29.

<sup>(23)</sup> Nel senso *ruggeriano* del termine: cfr., *infra*, paragrafo 6.

<sup>(24)</sup> Sull'ammissibilità, in linea teorica, di un simile controllo cfr. R. PINARDI, *op. cit.*, 2366 nt. 89, il quale tuttavia manifesta — a p. 2365 ss. — perplessità sulla sua difficile realizzazione in concreto.

<sup>(25)</sup> In argomento vedi A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 495 ss.

gole di comportamento in ogni circostanza. Ne deriva, evidentemente, una particolare «dimensione» della norma e — ciò che più conta ai fini del nostro discorso — un particolare modo di intendere quel che si deve ritenere «compreso» in essa, quindi nel diritto e quindi nel giudizio di legittimità<sup>(26)</sup>.

La nozione di contesto umano, come «luogo» di trasformazione dei *verba legis* in *regulae juris*, rimanda inevitabilmente agli elementi fattuali, che di tali contesti rappresentano la sostanza stessa. Elementi fattuali che entrano così a pieno titolo nella costruzione della norma giuridica che dovrà costituire oggetto del sindacato di costituzionalità, e ciò ben al di là delle ipotesi classiche. di giudizio su leggi del caso concreto o su atto legislativo impugnato per vizio in procedendo<sup>(27)</sup>.

Passando dal piano generale al tema specifico dei diritti costituzionali e dei giudizi che la Corte conduce in questo settore, appare subito evidente come in quest'ambito il ruolo dei contesti umani nei quali si trova ad operare la prescrizione-fonte assuma un rilievo del tutto peculiare, potendo determinare la formazione di una norma suscettibile di vanificare o almeno di limitare fortemente l'effettiva consistenza di un diritto costituzionalmente tutelato. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui l'attribuzione di ampi poteri limitativi all'autorità amministrativa comporti, nei fatti, l'ingiustificata restrizione di un diritto (carattere di indeterminatezza della prescrizione-fonte); o, ancora, alla previsione legislativa di un meccanismo di garanzia giurisdizionale che si rivela, nei fatti, inefficiente.

Se è vero che, data la natura del controllo di costituzionalità nel nostro ordinamento, non è immaginabile una tutela del diritto riconducibile al caso concreto, è anche vero — d'altra parte — che il caso concreto da cui origina la *quaestio legitimitatis* può presentare una certa *esemplarità*, può cioè essere in grado di svelare alla Corte insufficienze della legislazione ordinaria che hanno ripercussioni di carattere generale, e che finiscono per tradursi in vizi di illegittimità costituzionale<sup>(28)</sup>. Come osserva Cerri, infatti, la Corte giudica di fattispecie astratte, ma muove da un concreto rapporto che deve valutare nella sua tipicità<sup>(29)</sup>. Il problema può allora diventare anche quello di operare una verifica credibile ed efficace di tutti

---

<sup>(26)</sup> C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, 1973, 1578 (corsivo non testuale).

<sup>(27)</sup> Vedi, *supra*, paragrafo 2.

<sup>(28)</sup> Come afferma A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 512, la fattispecie concreta che ha dato origine al processo *a quo* «viene in rilievo per la Corte in quanto emblematica del modo in cui la norma agisce nel momento applicativo, come banco di prova, come esempio del modo in cui la legge vive nel sistema». Per il rapporto tra giudizio costituzionale e lite d'origine vedi anche, *infra*, paragrafo 7.

<sup>(29)</sup> A. CERRI, *Ipotesi istruttori della Corte nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.* 1978, I, 1360.

questi aspetti, eventualmente utilizzando — ove necessario — strumenti di carattere istruttorio. La Corte può insomma usare ordinanze istruttorie «nel momento in cui cerca di individuare nel rapporto concreto i fattori tipici, socialmente costanti, legati *all'applicazione* della legge impugnata»<sup>(30)</sup>.

#### 4.2. - Detto questo, sono opportune alcune precisazioni.

In primo luogo, non si sta affatto proponendo un uso indiscriminato della c.d. istruttoria costituzionale, dato che la penetrazione degli elementi di fatto nel giudizio di costituzionalità può in molti casi realizzarsi attraverso strade diverse dall'istruttoria formale, quali l'utilizzazione dei fascicoli di causa e della documentazione prodotta dalle parti<sup>(31)</sup>; l'eventuale apertura del processo costituzionale a parti diverse da quelle del processo a *quo*, proprio per acquisire ulteriori e più completi elementi di giudizio<sup>(32)</sup>; lo stesso impiego in chiave istruttoria di strumenti ad altro destinati: si ricordi la vicenda, studiata da Pizzorusso, di alcune restituzioni degli atti ai giudici a quibus in giudizi riguardanti decreti legislativi di esproprio, delle quali la Corte si avvale, in realtà, per acquisire in via indiretta gli elementi di fatto necessari al suo **giudizio**<sup>(33)</sup>.

Una seconda, e forse più importante, precisazione, riguarda la circostanza che i diritti fondamentali (tutti i diritti fondamentali, siano essi civili, politici o sociali) presentano una molteplicità di profili strutturali<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> *Ibidem.*

<sup>(31)</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, 1048; R. CHIEPPA, Acquisizione degli atti del giudizio di merito nel procedimento c. d. incidentale di legittimità costituzionale, in *Giur. cost.* 1957, 1222 ss.

<sup>(32)</sup> M. D'AMICO, I soggetti *del* processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 94. È interessante osservare come il caso della sentenza n. 20 del 1982, ricordato dall'Autrice, in cui il processo costituzionale fu effettivamente aperto a parti diverse da quelle del giudizio a quo, riguardasse una legge-provvedimento, cioè un'ipotesi tipica di particolare rilievo degli elementi di fatto.

In generale, sul problema del contraddittorio nel processo costituzionale, vedi L. D'ANDREA, Verso una «*democratizzazione*» del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale, in *Giur. cost.* 1994, 552 ss.

Sulle più recenti novità giurisprudenziali orientate ad una maggiore dialettica processuale davanti al giudice delle leggi, vedi *infra*, paragrafo 7.

<sup>(33)</sup> A. PIZZORUSSO, La restituzione degli atti al giudice «*a quo*» nel processo costituzionale incidentale, Milano, 1965, 53 ss.

<sup>(34)</sup> Si usa qui l'espressione «diritti fondamentali» in senso generico, nella consapevolezza della polemica esistente sulla stessa configurabilità, nella nostra Costituzione, di una categoria così denominata avente giuridica rilevanza: vedi A. PACE, Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?, in *Pol. dir.* 1993, 3 ss. In questo senso, appare senz'altro preferibile parlare di «diritti costituzionali».

La tripartizione tradizionale — che pure va mantenuta, essendo legata ad una logica precisa del testo costituzionale<sup>(35)</sup> — è senz'altro insufficiente, e si presenta la necessità di scomporre i vari aspetti (a grandi linee: positivi e negativi) di ogni singolo diritto, a qualsiasi categoria concettuale esso appartenga.

Secondo l'impostazione fatta propria da Luciani, ad esempio, tutti i diritti fondamentali, a seconda della prospettiva dalla quale li si riguarda, e cioè — in pratica — *a seconda del concreto caso della vita cui vanno ricondotti* (e si torna così al rilievo ineliminabile dell'elemento fattuale) rientrano in uno di questi quattro gruppi: diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti di partecipazione, diritti di percepire un utile sociale<sup>(36)</sup>. È evidente che ogni profilo richiede una particolare tecnica di tutela, ed è altrettanto evidente che anche l'accertamento dell'effettività delle garanzie legislativamente predisposte può richiedere, da parte del giudice delle leggi, l'uso di diversi strumenti di indagine probatoria, da modulare in relazione alle varie situazioni considerate.

Questo, allora, sembra davvero essere uno di quei casi in cui emerge l'esigenza di quella «riconsiderazione del diritto alla prova» nel processo costituzionale da tempo autorevolmente auspicata in dottrina<sup>(37)</sup>. C'è anzi da chiedersi, in questa prospettiva, se non siano da rivalutare soluzioni come quella — formulata da Mortati per i giudizi di legittimità relativi a leggi-provvedimento — secondo cui in alcuni casi particolari, con regole e limiti molto precisi (vòlta, in primo luogo, a far salva sempre e comunque l'esigenza del contraddittorio), la Corte potrebbe «delegare» il giudice *a quo* alla raccolta di circostanze di fatto, restando in ogni caso riservata la valutazione delle stesse alla Corte medesima<sup>(38)</sup>. Un'ipotesi che si inseriva

---

<sup>(35)</sup> Si rinvia, sul punto, a quanto già affermato altrove: G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne*, in *Dir. soc.* 1994, 584-585.

<sup>(36)</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, 96. Anche per R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 94, la distinzione fra diritti «di libertà» e diritti «di prestazione» è «menosicura e determinante di quanto si potrebbe a prima vista immaginare». In particolare, «è risaputo che la separazione di aspetti contenutistici ed aspetti strumentali dei diritti non è affatto un punto fermo della giurisprudenza (e della dottrina) italiana. E, in effetti, è difficilmente praticabile». Per una classificazione interna ad una stessa categoria, quella dei diritti sociali, e per una conseguente diversificazione dei modi e delle sedi di tutela, vedi G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1981, 758 ss.

<sup>(37)</sup> G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 612.

<sup>(38)</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 185 ss. Secondo l'Autore, una conferma «della non estraneità all'ordinamento positivo della delegabilità dei poteri

nella ben nota tendenza di Mortati a ricercare soluzioni in grado di fornire risposte a problemi sostanziali, e che può apparire certamente non ortodossa<sup>(39)</sup>, ma che oggi, nel quadro di un mutato rapporto fra Corte e giudici a quibus, in cui il momento della collaborazione sembra assumere un ruolo centrale, potrebbe forse presentare elementi di rinnovato interesse.

Diverso, infine, è il rilievo del fatto, e la conseguente eventuale attività istruttorie, a seconda del tipo di giudizio condotto dalla Corte, a seconda — cioè — che si tratti di un giudizio di eguaglianza in senso stretto, a struttura comparativa, ovvero di un giudizio avente come parametro le norme direttamente attributive del diritto. A quest'ultimo punto è dedicato il prossimo paragrafo.

**4.3.** - Iniziamo dai giudizi di eguaglianza (particolarmente frequenti, com'è noto, nel settore dei diritti sociali). A voler seguire la tesi di Paladin, si dovrebbe sostanzialmente negare in quest'ambito il rilievo del fatto: la sottostante realtà, secondo questo Autore, risulterebbe comunque filtrata dalle qualificazioni normative e dalle finalità che il legislatore si è proposto in materia. Rare, allora, sarebbero le valutazioni di tipo quantitativo «aventi immediato riguardo alle concrete fattispecie disciplinate» dalla legge, e sarebbe in genere sufficiente far ricorso ai dati di comune esperienza (all'«*id quod plerumque accidit*»)<sup>(40)</sup>.

Ma se si aderisse invece alla tesi secondo cui i termini del raffronto imposti dal principio di eguaglianza debbono essere intesi «nella loro concretezza sociale ed economica, nella loro realtà "effettuale", e non solo nella astratta configurazione data dalla norma. <sup>(41)</sup>, è evidente che si aprireb-

---

istruttori della Corte può rinvenirsi nell'art. 30 del regolamento di procedura per i giudizi avanti al Consiglio di Stato (richiamato, com'è noto, dalle norme regolative del procedimento avanti alla Corte) che, prevedendo mezzi istruttori da compiersi fuori della capitale, consente al detto organo di delegare ad esperirli un consigliere di prefettura o un magistrato». Sulla necessità che, in ogni caso, sia fatta salva l'assunzione delle prove in contraddittorio delle parti, in ossequio al principio che accetta la collaborazione delle parti senza che però abbiano poteri di disposizione, vedi G. ABBAMONTE, *op. cit.*, 173-174.

<sup>(39)</sup> V. CARUSI-A. PIZZORUSSO, Mortati e la Corte costituzionale, in Costantino Mortati costituzionalista caiaabrese, a cura di F. Lanchester, Napoli-Roma, 1989, 235-236. Fortemente critico nei riguardi della delegabilità dei poteri istruttori della Corte al giudice a quo, con carattere vincolante per quest'ultimo, è lo stesso A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti*, cit., 65 ss.

<sup>(40)</sup> L. PALADIN, Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983, in Scritti in onore di V. Crisafulli, vol. I, Milano, 1985, 657.

<sup>(41)</sup> A. CERRI, *op. cit.*, 1358. «Non si può valutare — continua l'Autore — se la diversificazione è giustificata senza conoscere gli effetti di ciascuna normativa e

bero spazi non irrilevanti per l'attività istruttoria della Corte.

Quanto, poi, all'intenso legame tra giudizio di eguaglianza e tutela dei diritti sociali, è significativo come si sia di recente individuato proprio nel secondo comma dell'art. 3 Cost. <sup>(42)</sup> il criterio stesso per distinguere i casi di irrilevanza delle conseguenze fattuali delle norme dai casi di rilevanza: «tutte le volte che una normativa incide sull'esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione o su qualcosa che, nella sua essenzialità, attiene al pieno sviluppo della persona, occorre aver riguardo non solo a quanto formalmente essa stabilisce ma, ancora, ai suoi effetti»<sup>(43)</sup>.

Per quanto riguarda, invece, i giudizi che assumono direttamente a parametro le norme costituzionali attributive del diritto <sup>(44)</sup>, emerge in primo luogo il problema delle c.d. «clausole generali», dei concetti vaghi e indeterminati spesso contenuti in tali norme (specialmente, ma non esclusivamente, nel settore dei diritti sociali: l'«interesse generale»), l'«utilità sociale\*», ecc.), che tendono ad orientare e limitare l'attività del legislatore. Come si è esattamente sottolineato, le norme costituzionali di principio (o di scopo: la differenza, sul piano operativo, tende a sfumare) postulano un ragionamento interpretativo che si muove tra due termini di raffronto: da un lato le espresse dichiarazioni della Costituzione e dall'altro la situazione di fatto «in cui il giudizio della Corte si colloca, ed alla quale (...) era tenuta a rifarsi la deliberazione del legislatore ordinario»<sup>(45)</sup>. Si può allora

---

gli elementi concreti della fattispecie regolata; similmente la conoscenza delle situazioni che si assumono ingiustificatamente parificate non deve poter prescindere dal dato fattuale, e non deve perciò arrestarsi alla formula normativa».

<sup>(42)</sup> Che il capoverso dell'art. 3 Cost. costituisca la radice stessa dei diritti sociali è osservazione comune in dottrina: sul punto vedi A BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in Enc. giur., vol. XI, Roma, 1989, par. 6, il quale sottolinea, peraltro, che i costituenti hanno esteso il fondamento di tale categoria di diritti anche al nucleo dei valori che rappresentano il contenuto normativo della dignità umana (art. 2) e allo stesso principio di eguaglianza formale sancito dall'art. 3, comma 1.

<sup>(43)</sup> A CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in Enc. giur., vol. XXXII, Roma, 1994, par. 4.2.1.

<sup>(44)</sup> Per M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 106, la tutela che si riesce ad apprestare impostando le questioni di giustizia sociale in termini di diritti sociali è assai più penetrante che quella derivante dai giudizi di eguaglianza, giacché in una società pluralistica da struttura "aperta", relazionale, del giudizio di eguaglianza rende (...) estremamente complicata l'applicazione del principio, proprio a causa della molteplicità delle situazioni raffrontabili e della intrinseca poliedricità di ciascuna di esse».

<sup>(45)</sup> S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in Giur. cost. 1983, I, 575. In senso non dissimile G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. II, Napoli, 1962, 208-209, osserva che principi e norme costituzionali non si realizzano «solo attraverso il disposto delle leggi ma aderiscono immediatamente alla realtà sociale di cui tendono a modificare le strutture fonda-

senz'altro immaginare un'attività di indagine della Corte volta ad identificare i *risultati pratici* derivanti da una determinata disciplina legislativa, anche alla luce della situazione giuridica e *di fatto* preesistente, al fine di valutarne la positiva rispondenza (o almeno il non contrasto) con il fine costituzionale<sup>(46)</sup> — e possono qui venire utilmente in rilievo, ad esempio, accertamenti di tipo statistico, assai utilizzati dai giudici costituzionali di altri ordinamenti, e a proposito dei quali sarebbe probabilmente opportuno adottare una adeguata regolamentazione<sup>(47)</sup>.

Analogo discorso può farsi, infine, per le ipotesi — frequenti soprattutto nell'ambito delle libertà civili — in cui sia necessario verificare se i poteri limitativi attribuiti dalla legge all'autorità amministrativa (ad esempio, per ragioni di ordine pubblico) siano troppo estesi ed indeterminati, e finiscano così per tradursi in una indebita restrizione del diritto. Anche in questo caso, la Corte costituzionale — istituzionalmente priva del potere di sindacare sulla liceità del comportamento amministrativo concreto — non può far altro che «verificare la legittimità del fine della norma di legge (applicata dall'autorità amministrativa) quale interesse antagonista rispetto al diritto inciso»<sup>(48)</sup>. Ed anche in questo caso, dunque, può presentarsi l'esigenza di esperire mezzi istruttori che consentano di cogliere da un punto di vista generale — benché a partire dal singolo caso ~esemplare — l'idoneità della legge alla realizzazione del fine costituzionale (che è poi un fine di tutela del diritto).

---

mentali imprimendo gli indirizzi stabiliti dal costituente; il legislatore dovrebbe svolgere detti indirizzi predisponendo gli strumenti idonei» (corsivo non testuale). Sull'incidenza del «fatto» nella determinazione delle clausole generali contenute nelle disposizioni della Costituzione vedi i pareri contrapposti di A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi*, cit., 1498 (secondo cui i dati acquisiti concorrono a costituire il significato del parametro costituzionale) e A. CERRI, *I poteri conoscitivi*, cit., 1352 (per il quale, invece, la Corte tende a non sovrapporsi al legislatore nel riempire di significato i concetti normativi vaghi).

<sup>(46)</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, 371.

<sup>(47)</sup> In argomento vedi A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi*, cit., 1503, il quale nega che sia costituzionalmente corretto ritenere che spetti al Governo e, per esso, ai Ministeri o all'Istat, ogni potere pubblico di raccolta dei dati statistici. Tanto le Camere quanto la Corte costituzionale «possono richiedere dati, nelle forme e nel rispetto delle limitazioni prescritte, ad ogni organo pubblico o a qualsiasi ente, pubblico o privato». Secondo questo Autore, la scarsa propensione della Corte a utilizzare i propri poteri conoscitivi per acquisire dati statistici è in contrasto con la politica delle sue decisioni, da intendersi come esigenza che le decisioni medesime siano sempre «in armonia con lo sviluppo storico che, momento per momento, si realizza nella società» (p. 1497).

<sup>(48)</sup> R. BIN, *op. cit.*, 126.



4.4. - In conclusione, se è vero che il ruolo attuale della giustizia costituzionale (non solo in Italia, ma in tutti gli ordinamenti democratici che conoscono questo istituto) consiste essenzialmente nella *conservazione dello Stato di diritto* e nella *promozione dei diritti sociali*, attraverso l'individuazione in via interpretativa delle linee fondamentali della costituzione economica<sup>(49)</sup>, risulta confermata l'importanza dell'uso di quei poteri conoscitivi che consentano al giudice delle leggi di garantire l'effettività della tutela dei diritti costituzionali. Vengono qui in rilievo, dunque, indagini «di consistenza e congruenza»<sup>(50)</sup> che permettano di accertare in modo attendibile se le limitazioni legislativamente poste alle libertà civili non conducano ad una illegittima compressione o riduzione del diritto, nonché — in relazione ai diritti sociali — se vi sia stato il rispetto della loro «misura» minima, la quale risulta in realtà segnata — quasi sempre — dalla loro stessa funzione<sup>(51)</sup>. Ed è del tutto evidente come questo ruolo della Corte appaia oggi ancor più cruciale, in presenza di un sistema elettorale di tipo maggioritario, che potrebbe in parte ridimensionare istituti di garanzia assolutamente essenziali in materia di diritti fondamentali.

Infine, va ricordato come il riferimento agli elementi di fatto, formalizzato nella motivazione della pronuncia costituzionale, abbia anche la funzione di rendere più persuasiva, perché più controllabile, la pronuncia medesima, consentendosi a tutti — com'è stato detto — «di accertare l'intento che ha mosso il giudice costituzionale e la sua corrispondenza alle compatibilità del sistema»<sup>(52)</sup>. Il che diviene tanto più rilevante nelle frequenti ipotesi in cui la Corte fa uso di quelle tipologie decisorie (interpretative o manipolative) che postulano necessariamente un rapporto di collaborazione con i giudici ordinari, e che implicano, tra l'altro, l'esigenza

---

<sup>(49)</sup> L. ELIA, Giustizia costituzionale e diritto comparato, in Quad. cost. 1984, 16.

<sup>(50)</sup> Secondo l'espressione di L. PALADIN, Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1964, 324.

<sup>(51)</sup> L. CARLASSARE, Forma di Stato e diritti fondamentali, in Quad. cost. 1995, 17. Secondo l'Autrice, per l'art. 36 Cost. — ad esempio — il lavoratore ha diritto ad una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Una ipotetica revisione costituzionale di questa disposizione «non potrebbe che mutare la forma di Stato: non c'è un "contenuto essenziale" (diverso) da salvare».

<sup>(52)</sup> M. LUCIANI, I fatti e la Corte, cit., 1071. Per M. AINIS, La «motivazione in fatto» della sentenza costituzionale, in La motivazione delle decisioni costituzionali, cit., 169, «anche il "ritenuto in fatto" assume i tratti tipici della motivazione giudiziaria: non si limita a narrare ma argomenta (...), o quanto meno esplica una funzione persuasiva la cui efficacia risalta già nel "taglio" con cui il "ritenuto in fatto" viene concretamente disegnato, nelle sue omissioni, nelle sue sottolineature che possono spingersi talvolta sino ad offrire l'interpretazione dei materiali normativi denunziati».

di una motivazione tanto più congrua e completa quanto più ci si allontana da una giurisdizione di mero annullamento.

5. - Anche il sindacato di costituzionalità in materia penale offre spazi significativi per una valorizzazione degli elementi fattuali che devono accompagnarsi alle scelte legislative in materia di pene e reati.

È indubbia la matrice liberale del disegno costituzionale relativo al diritto penale: laddove, per esempio, se ne predica la *frammentarietà*, ad indicarne il carattere selettivo tra fatti illeciti, solo alcuni dei quali vengono elevati al rango di reati. Oppure quando se ne illustra il carattere di sussidiarietà, ad indicare il ruolo di *extrema ratio* dello strumento penale (rappresentando la più grave e penetrante tra le diverse forme di tutela giuridica) ed il suo uso entro i limiti di stretta necessità (in quanto rivolto esclusivamente a protezione di beni essenziali per una ordinata e pacifica convivenza) oltre i quali il ricorso all'intervento punitivo risulta sproporzionato per eccesso. O, infine, laddove si riconosce al concetto di bene giuridico costituzionalmente rilevante esclusivamente una funzione delimitativa e non anche fondativa dell'intervento penale (con l'importante conseguenza di escludere che ogni bene di rilievo costituzionale debba, per ciò solo ed automaticamente, trovare tutela in forma penale).

Ad un diritto penale così connotato sono estranei obblighi di penalizzazione: il suo compito, infatti, non è riconducibile ad una funzione simbolica di affermazione astratta di valori e, dunque, la scelta legislativa di ricorrere allo strumento penale non è mai assoluta e posta a priori sulla base di una valutazione assiologica in ordine a ciò che è giusto o ingiusto. Tutt'al contrario, quella scelta legislativa è costituzionalmente condizionata ad una valutazione concreta circa il bisogno di tutela penale, la sua idoneità e la sua misura, la sua eventuale sostituibilità con altre forme di tutela meno gravi.

Il carattere relativo e condizionato delle scelte legislative in tema di pene e reati, per un verso, «espone qualsiasi valutazione penalistica alla verifica (continua!) dell'esperienza»<sup>(53)</sup>. Per altro verso, presuppone — almeno teoricamente, ma non meno doverosamente — prognosi empiriche del legislatore capaci di giustificare razionalmente e fattualmente la necessità del ricorso allo strumento penale, in quella forma ed in quella misura. Se così è, si può allora ipotizzare un sindacato di costituzionalità in materia penale capace di colpire una legge perché fondata su presupposti empirici carenti, inadeguati, anacronistici?

---

<sup>(53)</sup> Così D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 502, che più e meglio di altri si è posto il problema — risolvendolo in positivo - di un controllo di costituzionalità sui presupposti di fatto delle scelte legislative in tema di pene e reati.

In altri ordinamenti la risposta è positiva: esemplare, sotto questo profilo, è la vicenda della legislazione in tema di aborto nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, la cui recente decisione del 28 maggio 1993 che qualifica l'interruzione volontaria della gravidanza illegittima ma penalmente non punibile (mutandone così la qualificazione giuridica rispetto alla precedente sentenza del 25 febbraio 1975) risulta profondamente orientata da elementi fattuali emersi da ricerche empiriche portate all'attenzione del giudice costituzionale tedesco<sup>(54)</sup>.

Da noi qualcosa di simile è accaduto — non sapremmo dire se episodicamente o meno — ad esempio nel controllo di costituzionalità relativo a misure penali di pericolo presunto<sup>(55)</sup>. Un esempio per tutti: la sentenza n. 139 del 1982 dichiarativa dell'incostituzionalità parziale della presunzione di pericolosità dei prosciolti da reati gravi per infermità psichica (laddove, significativamente, la Corte riconosce da doverosità del sindacato, alla stregua del principio di eguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini "presuntivi" e rigidi, là dove la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'id quod *plerumque accidit*)<sup>(56)</sup>. Caratteristiche non dissimili può — forse — presentare il controllo di proporzionalità in ordine al compasso edittale della pena, che la Corte ormai rivendica a sé (cfr., ex plurimis, le sentenze nn. 409 del 1989 e 341 del 1994) e dove anzi l'apprezzamento esplicito di legislative facts avrebbe il pregio di ancorare il giudizio di costituzionalità ad elementi meno soggettivi ed assiologici di quanto invece ora appaia. Uno scenario aperto ad un controllo sul fondamento fattuale della scelta legislativa penale, sembra inoltre accompagnarsi alla possibilità che oggi la Corte ha rivendicato — a partire dalla sentenza n. 29 del 1995 — di sindacare quale vizio in procedendo la sussistenza dei presupposti di straordinarietà, necessità ed urgenza del decreto legge (e dell'eventuale legge di conversione): non poten-

---

(54) Cfr. M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994, *passim* ma, in particolare, 21-22 e 35-38. Vedi anche C. AMATO, *L'intervento della Corte costituzionale tedesca in tema di aborto: l'obbligo giuridico di portare a termine la gravidanza*, in Riv. dir. civ. 1994, 617 ss.; S. MAZZONI, *L'aborto in Germania: tra illegalità, e non punibilità*, in *Nomos* 1993, 173 ss.

(55) E quanto sostenuto da D. PULITANÒ, *op. cit.*, 503 e nt. 60 e 61, che richiama anche pronunce della Corte costituzionale aventi ad oggetto contravvenzioni di polizia e norme penali non tassativizzate.

(56) Ma vedi ora — proprio sulla relazione tra principio di offensività e possibili configurazioni di reati di pericolo presunto — le puntualizzazioni della sentenza n. 360 del 1995: ivi si distingue tra una ricognizione (spettante alla Corte) «della astratta fattispecie penale, depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in essa sussumibili», ed una verifica (rimessa, invece, al giudice penale) «dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata che, comunque, non radica alcuna questione di costituzionalità.

do essere — come riconosce apertamente la stessa Corte — una rinnovazione del giudizio politico (già compiuto dal Parlamento) sulla sussistenza di tali presupposti, cos'altro sarà se non una valutazione in ordine alla loro esistenza in fatto?<sup>(57)</sup>.

L'apertura ad un controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici della legge penale va, tuttavia, circoscritta attraverso il richiamo al rispetto rigoroso ed integrale del principio di stretta legalità delle pene e dei reati. Se l'art. 25, comma 2, Cost. esprime l'ineludibile esigenza che «il diritto penale sia *diritto legislativamente espresso* e che i giudici quindi, *Corte costituzionale compresa*, rifiutino *qualsiasi* atteggiamento creativo»<sup>(58)</sup>, i corollari che ne derivano — sul piano delle tecniche di giudizio circa gli elementi fattuali presupposti dalla scelta legislativa penale — sono assai severi.

Innanzitutto, è da escludersi un controllo della Corte che slitti dai presupposti empirici della legge impugnata ai risultati di tutela penale ottenuti. Una valutazione sulla funzione di difesa sociale svolta in concreto dall'atto legislativo presenta un tasso di politicità insopportabile nel giudizio di costituzionalità e indebitamente suppletivo a scelte di merito del solo Parlamento. Diverso dall'apprezzamento sui costi ed i benefici della legge penale è invece — almeno sul piano logico — un controllo sul «sufficiente fondamento»<sup>(59)</sup> della scelta legislativa punitiva, che può essere agganciata ad elementi oggettivi (ricavabili, ad esempio, dal procedimento legislativo svolto o dal diritto vivente) idonei a circoscrivere le incertezze e le difficoltà di qualsiasi giudizio prognostico.

In secondo luogo, l'accertata insussistenza o inadeguatezza della prognosi legislativa sottesa alla scelta dello strumento penale, giustifica *esclusivamente* la caducazione dell'atto e non anche una sua riscrittura attra-

---

<sup>(57)</sup> Quanto detto ha rilievo soprattutto per il controllo sulla effettiva sussistenza del presupposto giustificativo, ex art. 77 Cost., della «straordinarietà»: se inteso «come sinonimo di eccezionalità e *d'imprevedibilità* delle situazioni così disciplinabili» (L. PALADIN, Art. 77, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, La formazione delle leggi, tomo II, Bologna-Roma, 1979, 57 in nt. 3, ed ivi ulteriori indicazioni dottrinali) esso rimanda — più dei requisiti della «(necessità ed urgenza)», dai connotati marcatamente discrezionali — ad un maggiore aggancio ad elementi fattuali e circostanze oggettivabili.

Non così sembra, però, orientata la Corte costituzionale che, dopo la dichiarazione d'intenti della sentenza n. 29 del 1995, ha poi sempre parlato di un riscontro limitato alla sola necessità ed urgenza, non facendo esplicito riferimento anche al presupposto della straordinarietà: cfr. le decisioni nn. 161, 226, 329, 383, 391 del 1995. Un riferimento alla straordinarietà, comunque al di fuori della sindacabilità del rispetto dell'art. 77 Cost., si trova solo nella sentenza n. 143 del 1995.

<sup>(58)</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 315.

<sup>(59)</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, 504.

verso un dispositivo manipolativo. Tale divieto di interventi additivi o sostitutivi — non importa se in *bonam* o in *malam partem* — non nasce solo da ragioni di carattere teorico-generale valide (a nostro avviso) per tutta la materia penale<sup>(60)</sup> ma ha, in questo specifico caso, un ulteriore argomento di forza. Quello della Corte costituzionale sui presupposti empirici della legge penale è, infatti, un controllo che potremmo definire — prendendo a prestito una terminologia ricorrente nell'ambito dei conflitti di attribuzione tra poteri — per linee esterne, che cioè ripercorre a ritroso la valutazione prognostica già compiuta dall'organo parlamentare: non essendo un giudizio prognostico alternativo, esso non è idoneo a fondare un intervento creativo *ex novo* da parte del giudice costituzionale. Accertato come non razionale — e dunque illegittimo — il fondamento empirico della norma impugnata, sarà allora necessaria una rinnovata valutazione — fattuale, ma non solo — circa l'an, il quando ed il *quomodo* del ricorso allo strumento punitivo, di esclusiva pertinenza del legislatore.

Sul piano processuale, infine, è evidente come un controllo costituzionale in ordine ai presupposti empirici della legge penale deve portare con sé un ricorso meno episodico e più mirato ai poteri istruttori della Corte ed una costruzione della motivazione della decisione attenta al momento fattuale della *quaestio* (specialmente se il dispositivo è d'accoglimento). Centrale, inoltre, potrebbe rivelarsi l'atteggiamento processuale della Presidenza del Consiglio, su cui graverebbe l'onere di supportare l'adeguatezza e razionalità della prognosi empirica sottesa all'atto legislativo impugnato.

6. - Quanto fin qui detto sembra dunque smentire l'impostazione tradizionale secondo la quale il *sillogismo* cui la Corte è chiamata, svolgendosi interamente sul piano delle fonti generali e astratte — la legge impugnata ed il parametro costituzionale — non passerebbe mai al piano concreto dei fatti. Del resto ciò appare confermato anche dalle più recenti riflessioni di ordine generale dedicate al tema dell'«oggetto» del sindacato di costituzionalità, le quali, pur approdando a soluzioni non omogenee, conducono tutte ad una profonda rivalutazione degli elementi di fatto all'interno dell'iter decisorio della Corte.

Facendo leva sulla strutturale distinzione tra disposizione e norma e sul nesso di strumentalità intercorrente tra interpretazione ed applicazione del diritto, si è sostenuta la tesi che la Corte costituzionale sia ormai giudice del fatto storico della prevalente applicazione della legge: l'inverarsi nella giurisprudenza costituzionale della dottrina del «diritto vivente»

---

<sup>(60)</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie, in *Giur. cost.* 1994, 4199 ss.

ne sarebbe la dimostrazione<sup>(61)</sup>. In tale contesto, allora, la Corte costituzionale si trova di regola nelle condizioni di dover acquisire al proprio giudizio dati relativi al modo in cui la legge viene interpretata ed applicata nella realtà, con riferimento non solo agli orientamenti giurisprudenziali ma anche alla condotta amministrativa<sup>(62)</sup>.

Nella logica del diritto vivente, si assiste ad una rivalutazione del «fatto» comunque ancora interna al contesto di un giudizio su norme (sia pure, nei casi limite, di norme applicate secondo i risultati della prassi amministrativa). Ai margini estremi di tale confine sembra, invece, muoversi la differente tesi della *situazione normativa* quale oggetto del sindacato di costituzionalità.

Con la nozione di situazione normativa si fa riferimento al prodotto dell'interpretazione dei testi «che tuttavia si svolge non sul piano astratto degli enunciati e delle loro possibili combinazioni ma si riempie delle suggestioni che le esperienze della vita sociale e le esigenze della pratica giuridica a volta a volta, in maggiore o minore misura, anche in relazione agli interessi in conflitto ed alla possibilità di una loro reciproca composizione, suggeriscono»<sup>(63)</sup>. Già la terminologia usata in sede definitoria — «esperienze della vita sociale», «esigenze della pratica giuridica, ~interessi in conflitto» — suggerisce qui un rilievo certamente maggiore degli elementi di fatto della questione di costituzionalità: in questa prospettiva la Corte è chiamata ad una composizione costituzionalmente equilibrata degli interessi in gioco, alla luce di una valutazione complessiva dell'assetto normativo della materia, con una particolare attenzione alla previsione delle conseguenze — par di capire non solo strettamente giuridiche — dell'annullamento o della salvezza della normativa impugnata. Un *thema decidendum* così strutturato esce necessariamente condizionato dall'assunzione o meno di questo o quel fattore straordinariamente come anche dalla sua esatta identificazione e quantificazione.

Travalica invece il perimetro di un controllo su norme (sia pure connotate da elementi fattuali), l'idea di una Corte costituzionale chiamata a giudicare non la legge come tale bensì in relazione all'assetto sociale in cui quell'atto legislativo acquista il suo reale significato: la fattispecie del processo costituzionale finisce, dunque, per essere la *situazione di diritto* che

---

<sup>(61)</sup> È la tesi centrale di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., *passim*.

<sup>(62)</sup> Esempio, da ultimo, la sentenza n. 456 del 1994, che si misura con la norma vivente di matrice regolamentare in tema di responsabilità della concessionaria telefonica S.i.p.: cfr. A. PUGIOTTO, *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.* 1995, 588 ss.

<sup>(63)</sup> Così A. RUGGERI, *In tema di abrogazione ed annullamento (a margine di R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino, 1990)*, in *Id.*, «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1987-91, Torino, 1992, 195.

alla legge consegue<sup>(64)</sup>. Qui il concetto di norma vivente è dilatato oltre la dimensione strettamente giuridica ed assume una valenza sociologica; la sua determinazione non passa più esclusivamente attraverso l'esperienza applicativa dei giudici o della p.a. ma abbraccia molti altri fattori extragiuridici: la condotta di gruppi sociali o di singoli individui (formalizzatasi o meno in atti giuridici), l'impatto della società sulla legge e della legge sulla società, la distorsione della legge rispetto alle finalità da essa perseguite, la sua violazione sistematica e non occasionale. Fattori extragiuridici rinvenibili solo attraverso una diagnosi e prognosi degli elementi fattuali che connotano la vicenda legislativa in esame.

In questa sede non interessa comparare le tre differenti tesi e misurarne la maggiore o minore attendibilità. Importa piuttosto sottolineare come esse siano attraversate — secondo una progressione geometrica, quantitativa e qualitativa — dal comune riconoscimento della centralità degli elementi fattuali della *quaestio legitimitatis*: minore nella identificazione dell'oggetto con la «norma vivente», maggiore con la tesi della «situazione normativa», massima con l'idea di una Corte giudice dell'effettività sociologica dell'atto legislativo impugnato.

Così come importa rilevare che tutte le tre teoriche illustrate sono poste in dottrina non come soluzioni occasionali al problema dell'oggetto, riscontrabili solamente in qualche episodio particolare della giurisprudenza costituzionale: tutt'al contrario, ciascuna di esse ha la pretesa di descrivere (e prescrivere) *la regola* interna al processo costituzionale. Secondo la logica del diritto vivente, infatti, la funzione esercitata dalla Corte ha sempre di vista il momento applicativo: con le decisioni relative a norme incostituzionali fornite di giurisprudenza consolidata, per arrestarne l'applicazione; con le decisioni relative a disposizioni ancora prive di una giurisprudenza consolidata, per favorirne un'applicazione in linea con la Costituzione<sup>(65)</sup>. Analogamente, la diversa tesi della situazione normativa è stata prospettata proprio al fine di dimostrare che d'oggetto su cui si piega l'attenzione della Corte risulta precostituito rispetto al giudizio e resta sempre identico a sé, non potendo mutare *ex post* a seconda della conclusione di quest'ultimo<sup>(66)</sup>. Infine, nemmeno della tesi della situazione di

---

<sup>(64)</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, La dottrina del diritto vivente, in *Giur. cost.* 1986, I, 1159 ss.

<sup>(65)</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 495-500.

<sup>(66)</sup> A. RUGGERI, *Storia di un «falso»*. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale, Milano, 1990, 97. Ma la riflessione di questo Autore ha ormai assunto, più in generale, il sindacato di congruità delle norme ai fatti e di entrambi ai valori quale cifra dell'intero modello costituzionale: cfr. ora A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le «metamorfosi» dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994.

diritto è possibile escludere la regolarità: per quanto essa venga suffragata solo con qualche esempio particolarmente eloquente tratto dalla giurisprudenza costituzionale (in materia radiotelevisiva, in tema di adulterio, in relazione al sindacato di eguaglianza, in caso di ricorso ad ordinanze istruttorie<sup>(67)</sup>), nulla può escludere un suo uso assai più frequente di quanto non appaia, dovendosi dare per scontato che il processo di **precomprensione** del caso costituzionale sottoposto all'attenzione della Corte precede la stessa motivazione della sua decisione e resta, il più delle volte, clandestino o dissimulato dietro argomenti giuridico-formali.

Comunque si identifichi l'oggetto del sindacato costituzionale, dunque, non è più possibile sottacere il ruolo strategico degli elementi di fatto che ineriscono alla *quaestio legitimitatis*. Si deve allora segnalare con la dovuta enfasi la necessità indilazionabile di porre mano ad alcune fasi del processo costituzionale, oggi abbandonate alla discrezionalità della Corte: per esempio, un diritto alla prova improntato al principio del contraddittorio, l'introduzione della possibilità del dissent, l'esplicitazione in motivazione delle modalità della ricerca compiuta in ordine al diritto vivente od agli elementi costitutivi della situazione — «normativa» o «di diritto. — in oggetto.

**7.** - La riflessione sul rilievo del «fatto» come fin qui proposta conduce, infine, ad un'ultima conseguenza: è conferma ulteriore del superamento della tradizionale dicotomia tra modello astratto e modello concreto, entro la quale si è per lungo tempo voluto costringere il nostro sindacato di costituzionalità.

Predicando di questo la natura di giudizio a tutela del diritto obiettivo, se ne è sempre accentuata l'autonomia dal giudizio a quo (assunto come mera occasio dell'intervento della Corte), collocando così la decisione di costituzionalità tutta sul piano pressoché esclusivo delle fonti. Il tratto di fondo di un simile processo costituzionale è, dunque, quello dell'**astrattezza** e, in esso, gli «elementi di fatto» risultano del tutto marginali se non addirittura estranei per definizione. Viceversa, muovendo dall'idea del sindacato di costituzionalità quale giudizio di diritto subiettivo posto a tutela dei diritti e degli interessi delle parti, è massima la valorizzazione della **fattispecie** concreta che ha dato origine al giudizio principale, cui il processo costituzionale risulta legato in profondità.

Eppure, a ben vedere, la prospettiva di un giudizio di diritto subiettivo non giustifica adeguatamente il ruolo del «fatto» nel sindacato di costituzionalità. Lo dimostra una considerazione critica semplice ma decisiva: la logica del processo costituzionale concreto perché posto a tutela delle po-

---

(67) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina*, cit., 1161-1163.



sizioni soggettive delle parti in lite, infatti, è in grado di spiegare l'ingresso in esso solo di *alcuni* degli elementi di fatto di cui la Corte dimostra di fare uso, *ma non di tutti*.

Per essere più espliciti, è certo che gli elementi fattuali di cui la Corte deve servirsi — ad esempio — per controllare la legge-provvedimento impugnata, o un vizio *in procedendo* dell'atto legislativo in esame, o il modo di esercizio del potere in contestazione, nascono tutti dalla vicenda specifica della lite principale ed in essa si esauriscono. Non altrettanto può dirsi, invece, per altre ipotesi — già illustrate — in cui la Corte riconosce importanza a «fatti» non riconducibili entro la circoscritta dimensione della fattispecie concreta del giudizio d'origine: sono i casi della prassi amministrativa come matrice di diritto vivente; dei dati di fatto determinanti l'anacronismo legislativo; dei mutamenti socio-economici, tecnologici, culturali che conducono ad una declaratoria di illegittimità costituzionale sopravvenuta; è — ancora — il caso della quantificazione degli oneri finanziari conseguenti ad una *additiva* di prestazione; o della prognosi empirica sottesa alla legge penale impugnata; o — infine — della determinazione in ordine alla misura minima di un diritto sociale costituzionalmente garantita.

In tutte queste ipotesi, gli elementi di prova utilizzati dalla Corte sono tratti dalla realtà ordinamentale complessivamente considerata: qui, davvero, la forza del «fatto» irrompe nel processo costituzionale travolgendo gli angusti argini che delimitano la sola vicenda processuale principale e finisce, così, per imporre all'attenzione della Consulta una dimensione concreta ben più estesa. Il sindacato di costituzionalità, di conseguenza, finisce per misurarsi con una realtà intrecciata ad interessi che vanno ben al di là delle sole posizioni soggettive coinvolte nel processo *a quo*.

Usando la lente d'ingrandimento del ruolo dei «fatti» nel processo costituzionale, insomma, si percepisce la necessità di leggere in modo più articolato la «natura» del giudizio di costituzionalità ed il suo rapporto con la lite che lo origina. Si riaffaccia allora anche qui<sup>(68)</sup> l'idea che il sindacato della Corte segua ormai, in realtà, una trama diversa da quella antinomica da cui si è partiti (giudizio astratto di diritto oggettivo *vs.* giudizio concreto di diritto soggettivo) e che conservi, a un tempo, i caratteri dell'obiettività e della concretezza. *Obiettivo* perché posto comunque a tu-

---

<sup>(68)</sup> Come già per altri profili del sindacato di costituzionalità: dalla categoria della «manifestainfondatezza» (V. ANGIOLINI, *La «manifestainfondatezza» nei giudizi costituzionali*, Milano, 1988, 125-129, *ma passim*), al ruolo delle parti private nel processo costituzionale (M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991, 293 ss.), all'uso del criterio di concretezza storica (A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 528-530).

tela della legalità costituzionale come interesse pubblico, e non mera protezione di diritti o interessi subiettivi coinvolti nella lite d'origine. *Concreto* perché costretto a misurarsi — in modo variabile ma ineludibile — con elementi di fatto, attinti ora dalla vicenda specifica del giudizio principale ora, invece, dalla più ampia realtà ordinamentale. In questa cornice diventa possibile anche ricollocare il ruolo del processo principale con la sua vicenda concreta: esso non è mera occasione introduttiva del sindacato costituzionale né quest'ultimo, però, si appiattisce sulla fattispecie del giudizio *a quo* esaurendosi in una sua appendice. La lite d'origine, piuttosto, va assunta dalla Corte per il suo valore *esemplare*, quale luogo privilegiato per misurare in concreto le relazioni intercorrenti tra la «norma» e il «fatto».

Riferendo tale *modello* alla problematica del ruolo dei «fatti» nel giudizio costituzionale, è possibile trarne significative conseguenze processuali. In particolare si può ipotizzare che la Corte, nella ricerca dei dati di fatto utili al processo costituzionale, possa servirsi di strumenti e collaborazioni differenti a seconda che quegli elementi probatori scaturiscano dalla sola fattispecie concreta della lite principale o, invece, dalla intera realtà ordinamentale.

Nella prima ipotesi — come si è segnalato già in precedenza<sup>(69)</sup> — la Corte potrebbe valorizzare al massimo la collaborazione con il giudice *a quo*: dalla richiesta degli atti di causa<sup>(70)</sup> alla restituzione degli stessi, fin'anche (ma qui siamo già in una fase collaborativa che segue la pronuncia costituzionale) alla delega al giudice (o all'amministrazione) a compiere in concreto un bilanciamento *ad hoc* tra gli interessi in collisione già ricomposti (ma solamente in generale e sotto il limitato profilo procedurale) dalla decisione di costituzionalità<sup>(71)</sup>.

Anche quando — ed è l'altra ipotesi — gli elementi di fatto utili al giudizio della Corte investono l'intera realtà ordinamentale, il ruolo collaborativo dell'autorità remittente non viene meno: anzi, ci si potrebbe addirittura chiedere se la prospettazione di una *quaestio legitimitatis* fondata esclusivamente sul mutamento dei presupposti di fatto, elevati, in precedenti sentenze della Corte costituzionale, a condizioni di esistenza del vizio di legittimità della norma impugnata, implichi «che il mancato accer-

---

<sup>(69)</sup> Cfr., *supra*, paragrafo 4.2.

<sup>(70)</sup> Da qui l'importanza quasi strategica, nell'economia del sindacato costituzionale, della disponibilità del relativo fascicolo e, dunque, della necessità di sottrarlo al dominio esclusivo del solo giudice relatore (come invece oggi non sembra accadere frequentemente).

<sup>(71)</sup> Cfr. R. BIN, Giudizio «in astratto» e delega di *bilanciamento* «in concreto», in Giur. cost. 1991, 3574 ss.

tamento dei medesimi da parte del giudice *a quo* si risolve in un vizio del sindacato di non manifesta infondatezza della questione»<sup>(72)</sup>. E tuttavia, nella ricerca di elementi fattuali ordinamentali, la Corte può percorrere autonomamente altre strade più incisive, soprattutto attraverso l'esercizio dei propri poteri istruttori, non di rado utilizzati a tal fine<sup>(73)</sup>.

Acquisito il ruolo centrale e spesso decisivo del «fatto» nel sindacato della Corte, non è da sottovalutare, infine, l'opportunità di un mirato allargamento del contraddittorio nel processo costituzionale, specialmente quando gli elementi fattuali utili alla risoluzione della *quaestio* trascendono la specifica fattispecie concreta del giudizio principale: in circostanze simili davvero stretta appare la regola dell'identità tra le parti del processo *a quo* e del processo *ad quem*. Il pensiero corre subito alla recente sentenza n. 456 del 1993 che, com'è noto, ha allargato la dialettica del processo costituzionale ad un soggetto che pure non era parte nel giudizio principale<sup>(74)</sup>. In attesa di ulteriori riscontri giurisprudenziali, è ancora presto per qualificare nel suo esatto significato tale episodio: e tuttavia, la natura

---

<sup>(72)</sup> Così C. CHIOLA, L'alternativa alla riserva statale dell'attività radiotelevisiva nazionale, in *Giur. cost.* 1981, I, 1393, con riferimento alla sentenza n. 148 del 1981, dove l'interrogativo è posto ma non risolto.

<sup>(73)</sup> Si vedano, tra le altre, le ordd. nn. 267 e 268 del 1983 miranti anche ad acquisire i dati numerici relativi all'applicazione di una nota circolare in tema di mancata assegnazione al servizio sostitutivo civile degli obiettori di coscienza, proprio al fine di permettere alla Corte un giudizio sulla realtà operativa della legge impugnata (cfr., poi, la sentenza n. 164 del 1985). Oppure l'ordinanza istruttoria datata 2 luglio 1987, attraverso la quale la Corte fece — finalizzandola alla risoluzione della *quaestio* poi decisa con sentenza n. 826 del 1988 — una vera e propria radiografia del sistema radiotelevisivo nazionale.

<sup>(74)</sup> La posizione della Corte costituzionale in tema di integrazione del contraddittorio è stata poi riassuntivamente puntualizzata nelle sentenze nn. 108 e 421 del 1995 (ma vedi anche, per alcune applicazioni in negativo dei criteri fissati dalla Consulta, le decisioni nn. 95 e 178 del 1995).

Ma sono anche altre le recenti novità giurisprudenziali interessanti la prospettiva di una maggiore dialettica nel processo costituzionale: dalla esclusione della costituzione dinanzi alla Corte, nei giudizi incidentali, del pubblico ministero del giudizio principale (ordinanza n. 327 del 1995), alla costituzione dell'Avvocatura dello Stato in esplicita adesione alla censura di costituzionalità del giudice *a quo* con, in aggiunta, la richiesta *alla* Corte di due dichiarazioni di illegittimità *conseguenziale* (così nella vicenda processuale conclusa con sentenza n. 298 del 1995: vicenda davvero eclatante, dato che il solo precedente di un intervento del Governo a sostegno dichiarato dell'illegittimità della legge impugnata, risale — se non si cade in errore — alla remota sentenza n. 101 del 1967).

esponenziale dell'ente ammesso al contraddittorio ed il riferimento che la Consulta fa alla «sfera di competenza» di questi che ne giustificherebbe l'interesse all'intervento, fanno della sentenza in esame un precedente interessante e del tutto coerente con il modello qui prospettato di un sindacato costituzionale obiettivo, concreto e influenzato dal «fatto». Ivi, la Corte ha astratto il proprio giudizio dalla vicenda concreta del processo principale, assumendola come rappresentazione esemplare di un più ampio contrasto di interessi in atto nella società e, coerentemente, ha allargato il contraddittorio ad un soggetto esponenziale di interessi collettivi, in quanto tale idoneo a contribuire alla ricerca degli elementi fattuali coinvolti dalla *quaestio* <sup>(75)</sup>.

Resta comunque, nel complesso, la precisa impressione di una eccessiva approssimazione circa i modi e le forme atte a garantire, nel processo costituzionale, una corretta ed obiettiva acquisizione degli elementi fattuali incidenti sulla decisione della Corte. Sotto questo profilo, il sindacato di costituzionalità è ancora improntato ad una dimensione autoritativo-decisionale che prevale nettamente su quella controversiale-assertiva: è un limite grave, considerata l'importanza dell'accertamento probatorio di cui si dovrebbe garantire, piuttosto, la massima visibilità e trasparenza, rappresentando il luogo privilegiato di verifica e dimostrazione della fondatezza o meno di una asserzione <sup>(76)</sup>.

Il processo giurisdizionale è *metafora* del procedimento legislativo <sup>(77)</sup>: il confronto democratico di questo trova riscontro nel contraddittorio processuale, la pubblicità del dibattito politico nella pubblicità del dibattito processuale, il metodo del dialogo cui è affidato il superamento di contrastanti posizioni politiche trova il suo corrispettivo nella motivazione della sentenza. *A fortiori* ciò dovrebbe valere per il sindacato costituzionale in quanto *processo delle leggi*. A quando, dunque, un'adeguata formalizzazione di un «diritto alla prova» nel giudizio di costituzionalità?

---

<sup>(75)</sup> Cfr. P. BIANCHI, Dal «processo senza parti» alla «rappresentazione processuale degli interessi», in *Giur. cost.* 1994, 3045 ss. e — per una lettura più restrittiva della vicenda — M. BIGNAMI, L'ordine dei medici «*espugna*» il processo costituzionale, *ivi*, 1994, 1293 ss.

<sup>(76)</sup> Sulla dimensione essenzialmente linguistica del concetto di verità processuale e, quindi, sulla centralità del momento probatorio, cfr. la stimolante riflessione di B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996.

<sup>(77)</sup> Così T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 859; ma vedi anche C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 53, il quale segnala come il parallelo tra processo giudiziario e procedimento legislativo, già presente in Hans Kelsen, sia stato ripreso in Italia soprattutto ad opera di Piero Calamandrei.

ABSTRACT

La riflessione dei due Autori, servendosi sia di argomenti di natura *induttiva* (ricavati dall'analisi di particolari tecniche di giudizio utilizzate, o utilizzabili, nella giurisprudenza costituzionale) sia di argomenti *deduttivi* (che muovono, invece, da contributi e riflessioni teorico-generalì attinenti all'oggetto ed al modello del sindacato di costituzionalità), mira a dimostrare la centralità degli «elementi di fatto» nel processo costituzionale. Da qui la conseguente necessità, ormai indilazionabile, di un uso più adeguato e verificabile dei poteri conoscitivi di cui il giudice delle leggi è titolare, come anche — *de jure condendo* — della formalizzazione di un nuovo «diritto probatorio» nel processo costituzionale.

The aim of the study is to demonstrate the main importance of «facts» in the judicial review of legislation carried out by the Constitutional Court, and to suggest a more appropriate use of proofs in the constitutional proceedings.

PAOLO FERRETTI

## LE LIBERALITÀ D'USO E I COMICI LATINI (GRATUITÀ ED OBBLIGATORIETÀ NELLO SCAMBIO DEI DONATIVI)

1. - «... Nella civiltà scandinava e in buon numero di altre, gli scambi e i contratti vengono effettuati sotto forma di donativi, in teoria volontari, in realtà fatti e ricambiati obbligatoriamente... Intendiamo considerare... il carattere volontario, per così dire, apparentemente libero e gratuito, e tuttavia obbligato e interessato, di queste prestazioni. Esse hanno rivestito quasi sempre la forma del dono, del regalo offerto generosamente, anche quando nel gesto che accompagna la transazione, non c'è che finzione, formalismo e menzogna sociale e, al fondo, obbligo e interesse economico<sup>1</sup>».

Anche una lettura cursoria di queste parole di M. Mauss desta non poca curiosità, se non autentico coinvolgimento. Dei numerosi aspetti toccati dallo studioso nel suo saggio sulle usanze dei gruppi primitivi, stanziati in aree molto diverse tra loro, quali Polinesia, Melanesia, Nord-ovest americano, quello che ha suscitato in noi maggior interesse è stato, senza dubbio, la prospettiva della cosiddetta obbligatorietà del dono.

Del resto, questi due concetti — obbligatorietà e liberalità — a prima vista antitetici e inconciliabili, sembrano convivere all'interno di un'unica figura del nostro codice civile, art. 770, 2 comma: 'Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi<sup>2</sup>'.

---

1. M. MAUSS, Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche, in *L'Année sociologique*, serie II, t. I (1923-1924), ora in M. MAUSS, *Teoria generale della magia e altri saggi*, trad. it., Torino 1965<sup>3</sup>, 157 s. Di particolare interesse si sono rivelati altri due studi, uno del medesimo M. MAUSS, *Gift gift*, in M. GRANET, M. MAUSS, *Il linguaggio dei sentimenti*, ed. Adelphi, Milano 1975, 67 ss.; l'altro di E. BENVENISTE, *Don et échange dans le vocabulaire indo-européen*, in *L'Année Sociologique*, III serie (1948-1949), 7 ss.

2. Il dualismo liberalità-obbligatorietà morale e psicologica è ravvisabile, a dir il vero, anche nella cosiddetta donazione remuneratoria, contemplata dal primo comma del citato art. 770: 'Donazione remuneratoria. È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per spe-

Con l'espressione *liberalità d'uso* debbono intendersi tutte quelle liberalità che il costume sociale e familiare induce a compiere, come ad esem-

ciale remunerazione'. Non c'è dubbio che da un punto di vista teorico la donazione in risposta ad un servizio reso o a un dono ricevuto, cioè la donazione remuneratoria, possa partecipare del concetto di *munus-donum*. Tuttavia, questa figura, nel diritto romano classico, presenta un suo preciso *nomen iuris*, *remuneratio*, ed una, seppur controversa, autonoma disciplina, talché crediamo che in questa sede non ci si possa limitare se non ad una rapida prospettazione delle fonti e della letteratura, salvo ritornarvi in un successivo lavoro. Dall'esame delle fonti emerge, in riferimento a quella che, secondo le moderne codificazioni, è definita donazione remuneratoria (nei testi è usata nella sua forma sostantiva o verbale, mai in quella aggettivale), un acceso dibattito in relazione alla sua natura, protattosi nella romanistica passata e presente: *donatio aut merces* sono i termini che sintetizzano le antitetiche posizioni assunte dalla giurisprudenza. Si vedano, in rapida progressione, e senza alcuna intenzione di esaustività, alcuni dei più importanti passi, attestanti la varietà di sfumature e problemi inerenti alla *remuneratio*: D. 5,3,25,11 (Ulp. 15 ad edict.): *Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdidderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis. D. 11,6,1 pr. (Ulp. 24 ad edict.): ... quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficium loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari... D. 12,4,3,7 (Ulp. 26 ad edict.): ... quamquam constat, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amittere sibi esse eam futurum, repetere non posse opinionem falsa deceptum. D. 12,6,52 (Pomp. 27 ad Q. Muc.): *Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum ve2 quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. D. 12,6,65,2 (Paul. 17 ad Plaut.): Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. D. 15,3,10,7 (Ulp. 29 ad edict.): ... plus dicit et si tantundem ei donavit dominus, quantum creditor solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri verum, si vero alias donavit, durare verum. D. 17,1,6 pr. (Ulp. 31 ad edict.): Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. (Bas. 14,1,6 pr., in HEMB., II,72: Σ Ουλπ. Εἰ καὶ παρεντεθῆ ἀντίδωρον, χάρις τῆ περὶ ἐντολῆς ἀγωγῆς). D. 17,1,7 (Pap. 3 resp.): *Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit. D. 17,1,10,13 (Ulp. 31 ad edict.): Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit. D. 17,1,12 pr. (Ulp. 31 ad edict.): Si vero non remunerandi causa, sed principa-***

pio le mance, i regali di Natale, le strenne in occasione di festività, i doni

---

liter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum. D. 38,2,1 pr. (Ulp. 42 ad edict.): Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patroni habere debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. D. 39,5,19,1 (Ulp. 76 ad edict.): Labeo scribit extra causam donationum esse talium officiorum mercedes ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris. D. 39,5,27 (Pap. 29 quaest.): Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquenti et diligentia tua meliorem reddisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti'. defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit. P.S. 5,11,6: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est), quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. D. 39,5,34,1 (Paul. 5 sent.): Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. D. 50,6,6,3 (Call. 1 de cogn.): Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit,.. Sulla affascinante, seppur complicata problematica, sono intervenuti autorevoli studiosi: U.P. BALDUS, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis 1577, 299, ad D. 5,3,25,11; ACCURSIUS, *Glossa in Digestum Vetus*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII, Torino 1968, 118, ad D. 5,3,25,11; A. FABRUS, *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Coloniae Allobrogum 1626, 307; S. DAOYZ, *Juris civilis Summa seu Index copiosus*, I, Mediolani 1742, 84; J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum XVII. Lib. L. Digest. De diversis regulis juris antiqui*, Opera, VI, Par. Fabrot. edit., Prati 1838, 2077 s., ad D. 50,17,82; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, trad.it., Torino 1889, 103 ss.; A. DENBURG, *Diritto delle obbligazioni*, trad.it., III, Torino 1903, 18; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad.it., XVII, Milano 1904, 32; S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, in *Annuario dell'Università di Macerata (1905-1906)*, I ss., ora in IDEM, *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1955, 141 ss.; B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it., II, Torino 1925, 129 s.; P. TIMBAL, *Les donations rémunératoires*, Toulouse 1925, 1 ss.; J. VAZNY, *Naturalis obligatio*, in *Studi Bonfante*, IV, Milano 1930, 180; A. BERNARD, *La rémunération des Professions Libérales en Droit Romain Classique*, Paris 1936, 1 ss.; A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano 1942, 1 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1943, 716 s.; F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, 1 ss.; G.E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazio-*



tra fidanzati, in vista delle nozze<sup>3</sup>.

Orbene, queste liberalità che il nostro codice qualifica espressamente come non donazioni, sono presenti nell'esperienza romana? Se sì, a partire da quale epoca è possibile rintracciare la loro esistenza e la loro configurazione giuridica?

2. - Conviene iniziare da un passo di Ulpiano ove, verosimilmente, è rinvenibile il pensiero di Labeone e con lui una testimonianza, seppur indiretta, della tarda repubblica, primo principato.

---

ne naturale dello schiavo nel diritto romano classico, in SDHI 16 (1950), 105 n.49a.; F. DUMONT, La gratuité du *mandat* en droit romain, in Studi Arangio-Ruiz, II, Napoli 1953, 307 ss.; A. BURDESE, La nozione classica di *naturalis obligatio*, Torino 1955, 138 ss.; R. REGGI, In tema di donazione *remuneratoria*, in Studi De Francisci, III, Milano 1956, 227 ss.; J. MACQUERON, *Réflexions sur la locatio operarum* et le *mercennarius*, in RHD 36 (1959), 614; F. DE ROBERTIS, rec. a J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Aix-en Provence, 1958<sup>2</sup>, in Iura 10 (1959), 281 ss.; G. ARCHI, La donazione. Corso di diritto romano, Milano 1960, 23 ss.; J.A.C. THOMAS, *Locatio* and *operae*, in BIDR 64 (1961), 231 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 279 ss.; G.E. LONGO, Ricerche *sull'obligatio naturalis*, Milano 1962, 30 ss.; P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain, Genève 1964, 256 s.; K. VISKY, Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano, in Iura 15 (1964), 1 ss.; B. BIONDI, Il concetto di donazione, in Scritti Ferrini, I, ora in B. Biondi, Scritti giuridici, III, Milano 1965, 669 ss.; F. BONA, Contributi alla storia della '*societas universonum quae ex quaestu veniunt*' in diritto romano, in Studi Grosso, I, Torino 1968, 383 ss.; P. CERAMI, D. 39,5,21,1 (Cels. 28 '*DIG*') (Una controversa testimonianza cel-sina in tema di *delegatio promittendi* donationis causa), in SDHI 44 (1978), 176 n.84; P. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel a l'oeuvre dans la jurisprudence romaine* des 2 et 3 siècles, in SDHI 47 (1981), 259; H.T. KLAMI, *Mandatum* and *Labour* in *Roman Law*, in ZSS 106 (1989), 575 ss.; A. ALBANESE, Gli atti negoziali nel diritto privato romano, Palermo 1982, 261 n.83; G. COPPOLA, *Cultura* e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano, Milano 1994, 211 ss.

3. Tra gli altri, G. OPPO, Adempimento e liberalità, Milano 1947, 37 ss.; G. OPPO, In tema di liberalità e donazione (rec. a B. BIONDI, Le donazioni, XII, t. IV del Trattato di dir. ci ~it., diretto da F. Vassalli, Torino 1961), in Riv. dir. civ., I, 1963, 482 ss., ora in G. OPPO, Scritti giuridici, III. Obbligazioni e negozio giuridico, Padova 1992, 368 ss., il quale ritiene, seppur sottolineando la non applicabilità dei principi della donazione alla liberalità d'uso, «detta liberalità nient'altro che una donazione (oggettivamente), conforme all'uso». G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario* breve al codice civile, 1992<sup>4</sup>, 771, che pensa «trattarsi pur sempre di liberalità, sottratte senz'altro dalla legge alla disciplina loro propria a causa del motivo che le ha determinate. Infatti in questi casi il disponente, pur non obbligato, appare mosso da un prevalente *animus* solvendi, e comunque il desiderio di conformarsi all'uso contamina, annacqua l'intento liberale, che non è più libero e spontaneo».

Si legga:

D, 50,16,194 (Ulp. 43 ad edict.): Inter 'donum' et 'munus' hoc interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse donum Labeo a donando dictum, munus speciem: nam munus esse donum cum causa, ut puta natalium, nuptalium.

Ulpiano<sup>4</sup>, richiamando Labeone e la sua distinzione tra donum e munus<sup>5</sup>, specifica che il rapporto tra i due concetti è lo stesso che intercorre

---

4. In generale, sul passo, A. ALCIATUS, De *verborum* significatione, Lugduni 1548, 338 s., ad D. 50,16,194; J. CUJACIUS, Recitationes *solemnnes* ad *Titulum XVI*. Lib. L. Digest. De *verborum* significatione, in Opera, cit., VI, 1786ss., ad D. 50,16,194; A. ASCOLI, Sulla legge *Cincia*, in BIDR 6 (1893), 175 n.2; A. D'ANGELO, La donazione, cit., 3 n.1; B. BIONDI, Successione, cit., 636 n.5; F. CASAVOLA, *Lex Cincia*. *Contributo* alla storia delle origini della donazione romana, Napoli 1960, 144; F. HORAK, Rationes decidendi, Innsbruck 1969, 97; G. ARCHI, La donazione, cit., 71 ss.; B. ALBANESE, rec. a G. Archi, La donazione, cit., in Iura 12 (1961), 254; B. BIONDI, rec. a F. Casavola, *Lex Cincia*, cit., in Iura 12 (1961), 263 ss.; J. MICHEL, Gratuité, cit., 1962, 484 s.; F. GRELLI, 'Munus publicum.' Terminologia e sistematiche, in Labeo 7 (1961), 329; R. MARTINI, Le definizioni dei giuristi romani, Milano 1966, 145; A. CARCATERRA, Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini, Napoli 1966, 221; G. ARCHI, 'Donare' e 'negotium gerere', in Studi Volterra, I, Milano 1971, 684; R. DÜLL, Munera *tomitana*, in Studi Grosso, II, Torino 1968, 143; F. GNOLI, Spunti critici sull'interpretazione di Gai. 4,1, in Studi Scherillo, I, Milano 1972, 71 n.14; S. BROISE, *Animus* donandi. Concetto romano e i suoi riflessi sulla *dogmatica* odierna, Pisa 1975, 109 ss.; M. TALAMANCA, Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani, in La filosofia greca e il diritto romano, II, Roma, 1977, 254 s.; P. CERAMI, D. 39,5,21,1, cit., 177 n.86.; M. BRETONE, Manlio e il *nexum*, in Iura 32 (1981), 146; S. TONDO, Il *nexum* e Manlio, in Iura 33 (1982), 120 n.14; B. BALDWIN, The *testamentum* porcelli, in Studi Sanfilippo, I, Milano 1982, 51; M. BRETONE, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, Napoli 1982<sup>2</sup>, 36 n.90; A.F. BARREIRO, rec. a I. Cremades Ugarte, *El officium* en *el derecho privado* Romano. Notas para su estudio, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1988, in Iura 39 (1988), 165; J.L. MURGA GENEER, *El delito de 'ambitus'* y su posible *refleso* en las leyes de la Betica, in Iura 41 (1990), 13 n.37; G. COPPOLA, Cultura e potere, cit., 230 n.164.

5. Non condivisibile l'opinione di F. HORAK, Rationes decidendi, cit., 97, secondo cui Labeone avrebbe fatto ricorso, all'interno della classificazione, al solo profilo etimologico. Contro, M. TALAMANCA, Lo schema, cit., 255 n.713.

tra genere e specie<sup>6</sup>: dunque, *rnunus est donurn* <sup>7</sup>.

Il giurista severiano non dà alcuna definizione di *donurn* <sup>8</sup>, limitandosi ad enunciare due cose: la derivazione dalla voce verbale *donare* <sup>9</sup> e l'assunzione del termine a genere, in contrapposizione al *rnunus* <sup>10</sup>, limitato a semplice specie.

Tuttavia, con riferimento a *rnunus*, Ulpiano, nell'ultima parte del frammento, afferma che esso è un dono con causa <sup>11</sup>, come ad esempio il dono

6. Tra gli altri, M. TALAMANCA, *Lo schema*, cit., 254 s. Per l'autorevole studioso «siamo, qui, al di fuori dell'adibizione della dialettica *genus-species* in un contesto rigorosamente classificatorio, che tenda all'organizzazione della conoscenza di una branca più o meno limitata del sapere giuridico... In D. 50,16,194 lo stesso procedimento è forse adottato allo scopo di rendersi conto del valore differenziale di espressioni tendenzialmente equivalenti adoperate in un testo normativo, e precisamente in una clausola edittale, ed è quindi finalizzato all'interpretazione del testo stesso». Sul punto anche S. TONDO, *Il nexum*, cit., 120 n.14, che, dopo aver esplicitato la clausola edittale (si *donum munus operas redemerit*), afferma che l'accumulo *donum munus* avrebbe funzione chiarificativa. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927, 351, il quale lo accosta a D. 50,16,53 pr. (Paul. 59 ad edict.): ... 'si *donum munus operas redemerit*'...

7. Non condivisibile l'isolata interpretazione di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 36 n.90, che ritiene il testo pertinente, visto forse l'andamento simile a D. 50,16,214, alla problematica dei munera e degli honores.

8. R. MARTINI, *Le definizioni*, cit., 146 n.22. Per quanto riguarda l'etimologia del termine *donum*, si veda PLIN., *nat.* 35,49: *Graeci enim antiqui δωρον palmum vocabant et ideo δωρα munera, quia manu darentur*. Inoltre VITR. 2,3: *Doron autem Graeci appellant palmum, quod munerum datio graece doron appellatur, id autem semper geritur per manus palmum*.

9. Interessante notare Paolo in D. 39,6,35,1 (Paul. 6 ad *leg. Iul.* et Pap.): *Donatio dicta est a dono quasi dono datum, rapta a Graeco: nam hi dicunt δωρον και δωρεϊσθαι*. Dunque, se dono è detto da donare, e viceversa, dobbiamo ritenere che tra i due termini non intercorra alcuna differenza. Con le parole di J. CUIACIUS, *Observationum et emendationum libri VI*, cap. XVIII. *De donis et muneribus*, in *Opera*, cit., I, 241: «At inter *donum* et *donationem* nihil interesse puto, sicut nec inter *pactum*, et *pactionem*, quod apparet ex lege Cincia, quae de donis, et muneribus esse dicitur ab omnibus auctoribus, et *donationum iura continet*».

10. A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959<sup>4</sup>, 422. L'espressione *munus* deriva da una radice \**mei*, che connota lo scambio, a cui è aggiunto il suffisso *-nus* (\**nes*), usato in latino per costruire sostantivi designanti il rapporto bilaterale regolato dall'uso: quindi, dazione reciproca di beni, oggetto dello scambio imposto dal costume.

11. S. BROISE, *Animus donandi*, cit., 110, il quale, con riferimento al compleanno e al matrimonio, parla di ((specialiragioni giustificative dell'attribuzione».

di compleanno<sup>12</sup> o di nozze<sup>13</sup>. La precisazione è illuminante.

*Donum* e causa: il giurista impiega il primo termine per individuare la categoria generale<sup>14</sup>, connotata, come suggeriscono gli studiosi moderni<sup>15</sup>, dalla volontà diretta a realizzare la liberalità e dall'effettivo acquisto di un diritto patrimoniale in capo al donatario. Il secondo, per designare un particolare modo di essere del dono, quando cioè, come nella attuale liberalità d'uso, l'intenzione di donare<sup>16</sup> è, in certo qual modo, anticipata

12. Per l'espressione *munus natalicium*, si veda CENS., de die natali *liber*. Inoltre, SYMM., epist. 1,11 (Migne, PL, XVIII, 151); SYMM., epist. 6,79 (Migne, PL, XVIII, 286); SYMM., epist. 6,80 (Migne, PL, XVIII, 286); SYMM., epist. 6,81 (Migne, PL, XVIII, 286). Inoltre, A. ALCIATUS, De *verborum significatione*, cit., 337, ad D. 50,16,194: «porro alio autem munere, ubi erit puero natalis dies. Erat enim haec vetera consuetudo: unde & ΣΩΘΗΡΙ nostro recens nato, Magi reges aurum, thus, myrram obtulerunt».

13. Cic., Cluent. 9,28: Itaque nubit Oppianico continuo Sasia laetanti iam animo et spe *optime confirmato*, nec *mirum* quae se non nuptialibus donis sed *filiorum funeribus esse delentam* videret. SYMM., epist. 9,106 (Migne, PL, XVIII, 350): Pro filiis nostris Deo iuvante conjunctis, in duobus solidis ad te *misimus sportulam nuptialem, quam cum prompta dignatione susceperis, documentum dabis omnia amicorum festa esse communia*. Vale. Sempre con riferimento all'espressione *sportula nuptialis*, SYMM., epist. 9,107 (Migne, PL, XVIII, 350).

14. E' opportuno specificare che con il termine donazione, fino a Costantino, non si indicava un autonomo negozio giuridico, ma semplicemente una causa, in virtù della quale si realizzava, da parte del donante, l'attribuzione di un diritto patrimoniale in capo al donatario. Il presente lavoro, incentrato sulla figura dei doni d'uso, tenderà a far riferimento alle liberalità consistenti nel trasferimento gratuito del diritto di proprietà di un qualsivoglia bene. Con le parole di B. BIONDI, Successione, cit., 675: «dalla cerchia delle donazioni restano esclusi quegli atti che, pur importando liberalità, non producono direttamente effetti patrimoniali (manomissione, emancipazione), nonché tutti quelli che, pur avendo carattere patrimoniale e contenuto di liberalità, sono tipicamente riconosciuti dalla legge (disposizioni testamentarie, comodato, deposito, mandato)».

15. Per tutti, B. BIONDI, Il concetto, cit., 685 s.

16. Il dono, espressione del sentimento, non è mai finalizzato a sé. P. VEYNE, Il pane e il circo. Sociologia storica e pluralismo politico, trad. it., Bologna 1984, 62, sostiene che «quando si scambia, sia che si diano o si ricevano dei beni, non si hanno sempre di mira i beni in sé, ma si può mirare alla relazione umana che essi implicano. Il dono infatti è formato da due componenti, la cosa donata e l'atto del donare. La cosa donata è un bene che da solo può procurare soddisfazione, mentre l'atto del donare, da parte sua, presuppone l'esistenza di una relazione tra due individui, sia che esso derivi da tale relazione, sia che la crei o che la simboleggi... Per cercare di mettere un po' d'ordine nei tipi del dono distingueremo: lo scambio, in cui gli agenti mirano alla soddisfazione materiale del bene; il regalo, in cui viene sacrificata qualche egoistica soddisfazione materiale alla soddisfazione che procura il rapporto con il beneficiario; l'omaggio, in cui il sacrificio simbolizza l'esistenza di quel rapporto; ed in-

dall'esistenza di un uso a donare. Questo uso esercita sull'animo del dante una pressione, quasi 'coartandolo' alla liberalità<sup>17</sup>.

Questa 'quasi coartazione', indotta dagli usi sociali<sup>18</sup>, questa sorta di obbligatorietà, non giuridica, ma psicologica e morale, è detta causa ed è ciò che rende il *donum* un *munus*.

Nulla di sostanziale cambia se si accede alla ricostruzione di Cujacio<sup>19</sup>, il quale vede nel dono sia la categoria generale, sia la specie: «... *donum est genus, et dividitur in donum, et munus: donum est sine causa, munus est cum causa, ut ait, ut natalitium, vel nuptalitium...*».

Nel dono, al contrario, la volontà è del tutto indipendente da forme di obbligatorietà, seppure sociale<sup>20</sup>.

Le definizioni degli eruditi confermano, invece, la presenza di questa obbligatorietà sociale nel *munus*:

VARRO, *ling.* V,179: *munus quod mutuo animo*<sup>21</sup> *qui sunt dant officii causa.*

---

fine la prestazione, in cui si è obbligati dalla violenza o dall'autorità a trasferire ad altri dei beni, senza trarne la minima soddisfazione personale... Scambio, regalo, omaggio, prestazione sono i quattro significati del vocabolo latino *munus* e della sua origine indoeuropea».

17. B. BIONDI, rec. a F. Casavola, *Lex Cincia*, cit., 265, il quale argomenta che nel «*munus* è insita l'idea di necessità, sia pure sociale».

18. J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 484, il quale si spinge, a nostro avviso eccessivamente oltre, nell'affermare, in riferimento al *munus*, che «la coutume ou les usages lui confèrent le caractère d'une obligation sociale à laquelle on ne peut se soustraire. Ainsi, même lorsque *munus* désigne un cadeau, la nuance d'obligation que le terme comporte étymologiquement subsiste clairement dans la conscience romaine».

19. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum XVI*. Lib. L. Digest. De verborum, cit., VI, 1786. Seguito da G. ARCHI, *La donazione*, cit., 71. Contro, invece, M. TALAMANCA, *Lo schema*, cit., 255 n.713.

20. F. CASAVOLA, *Lex Cincia*, cit., 145, il quale richiama la progressione plautina (Plaut., *Cist.* 93: in *amicitiam* insinuavit... blanditiis, *muneribus, donis*), indice, secondo l'autorevole studioso, della differenza tra *munus*, regalo d'uso, e *donum*, liberalità estemporanea, che più vale a confondere e a ingraziarsi chi la riceve.

21. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 155 s., cita, in apertura di lavoro, alcune strofe dell'*havamal*, antico poema dell'Edda scandinava, il quale mette in luce l'obbligo di ricambiare il dono consegnato dall'amico: «Non ho mai trovato uomo tanto generoso/ e tanto munifico nel nutrire i suoi ospiti/ che ricevere non fosse ricevuto/ né uomo tanto... (manca l'aggettivo)/ del proprio bene/ che ricevere in cambio gli fosse sgradito./ Con armi e indumenti/ gli amici devono farsi piacere l'un l'altro;/ ognuno lo sa a se stesso (per propria esperienza)./ Coloro che si fanno reciprocamente regali/ restano amici per il più lungo tempo possibile,/ se le cose arrivano a prendere una buona piega./ Bisogna comportarsi da amico/ verso l'amico/ e ricambiare regalo con regalo;/ bisogna contrapporre sorriso a sorriso/ e inganno a menzogna./ Tu lo sai, se hai un amico/ nel quale hai fiducia/ e se vuoi ottenere un buon risultato,/ devi confondere la tua anima con la sua/ e scambiare regali/ e rendergli spesso visita...».

FEST., PAUL., exc. s.v. *munus* (L. 125): *munus significat (officium), cum dicitur quis munere fungi; item donum, quod officii causa datur.*

CHAR. gramm. V (B. 394): *munus, quod amicus vel cliens vel libertus officii causa mittunt*<sup>22</sup>.

Le testimonianze ora viste ci introducono in un duplice significato del termine *munus*, probabilmente già in uso all'epoca di Verrio Flacco epitomato da Festo: *munus* come *officium* (dovere, compito che si deve adempiere) e *munus* come *donum*, dato *officii* causa, cioè per dovere.

Per ora ci limitiamo ad osservare che questo dovere, non snaturando la natura del dono, deve per forza essere un dovere di natura morale e psicologica.

Questa lettura dei passi ora citati, è già autorevolmente presente in Cujacio<sup>23</sup>, il quale distingue il *munus* dato *officii* causa, «quia muneris causa non est necessaria»), dal *munus* come *officium*, «munere fungi invitos».

Orbene, si può identificare il concetto di *munus* nel senso di *donum cum* causa nel passo di Ulpiano-Labeone con il concetto di *munus* nel senso di *donum officii* causa che emerge dai passi sopra riportati<sup>24</sup>.

Il costume, in date circostanze, non solo 'impone' la consegna di doni, ma per certi aspetti ne fissa la consistenza patrimoniale. Se questa supererà certi valori, la liberalità cesserà di apparire d'occasione, e quindi *munus*, per manifestarsi nella pienezza del *donum*.

Si legga:

D. 24,1,31,8 (Pomp. 14 ad Sab.): Si vir uxori *munus immodicum* calendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est...<sup>25</sup>

Dunque, il costume<sup>26</sup>, nell'imporre in date circostanze la consegna di doni, non si limita a 'coartare' la volontà del soggetto agente, ma fissa altresì la misura del donativo. Se questa sarà oltrepassata, non potrà invo-

22. P. CERAMI, D. 39,5,21,1, cit., 178 n.86, che rileva la connessione concettuale tra l'idea di *munus*, espressa da Ulpiano, e la posizione giuridica del liberto, esplicitata da Charisius.

23. J. CUJACIUS, *Recitationes solennes ad Titulum XVI. Lib. L. Digest. De verborum*, cit., VI, 1787.

24. Con riferimento al *munus*, parlano di «quod ex necessitate alicuius officii, vel ex causa datur» F. ALCIATUS, *De verborum significatione*, cit., 368 ad. D. 50,16,214; H. DONELLUS, *Opera omnia*, XI, Lucae 1867, 1703, ad D. 50,16,18.

25. Sul passo, si veda per tutti F. GLÜCK, *Commentario*, cit., XXIV, 10, il quale richiama incidentalmente D. 50,16,194 e D. 50,16,214.

26. Tra gli altri, B. BIONDI, *Successione*, cit., 665; F. CASAVOLA, *Lex Cincia*, cit., 144; G. ARCHI, *La donazione*, cit., 72; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Milano 1963<sup>2</sup>, 297 n.4.

carsi, al fine di sostenerne la particolare natura, l'occasione generatrice: l'*immodicum* è segno della diversa intenzione del donante, teso, non tanto a rispettare anche gli usi<sup>27</sup>, quanto a beneficiare il donatario al di là della situazione, degradata da causa a semplice pretesto.

Se, pertanto, sentenza Pomponio, il marito, pur nel rispetto della solennità, elargirà alla moglie *ultra modum*, la liberalità dovrà considerarsi non munus, ma *donatio* e, come tale, soggetta al divieto della legge.

**3.** - Già il passo di Festo ci ha messo sull'awertita circa l'esistenza — accanto al valore di munus come *donum officii* causa — di altri significati del termine.

Questa pluralità semantica si arricchisce nel seguente passo di Paolo:

D. 50,16,18 (Paul. 9 ad edict.): 'Munus' tribus modis dicitur: uno donum, et inde munera dici dari mittive. altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiae munerisque praestat: inde immunitatem appellari. tertio officium. unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari: igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.

Paolo distingue, all'interno del munus, una pluralità di significati: *donum*, onus, *officium*<sup>28</sup>. La tripartizione, che secondo alcuni autori sareb-

---

27. Si veda anche D. 26,7,12,3 (Paul. 38 ad edict.): *Cum* tutor non rebus *dumt* nat, sed *etiam moribus* pupilli praeponatur, *inprimis mercedes praeceptoribus*, non quas *minimas* poterit, sed pro facultate *patrimonii*, pro dignitate *natalium* constituit, alimenta *servis* libertisque, *nonnumquam etiam exteris*, si hoc pupillo expedit, *prae* stabit, *sollemnia munera* parentibus cognatisque *mittet*. sed non dabit *dotem* sorori *alio* patre natae, *etiamsi aliter* ea nubere non potuit: *nam* etsi honeste, ex liberalitate *tamen* fit, quae *servanda* arbitrio pupilli est. Il testo potrebbe sembrare in contraddizione con D. 26,7,13,2 (Gai. 12 ad edict.): In solvendis legatis et *fideicommissis* attendere debet tutor, ne cui non *debitum* solvat, nec nuptiale *munus matri* pupilli *vel* sorori *mittere*... D. 27,3,1,5 (Ulp. 36 ad edict.): Sed si *munus* nuptiale *matri* pupilli *miserit*, non *eum* pupillo imputaturum *Labeo* scripsit: nec *perquam* necessaria est ista *muneratio*. Sull'apparente contraddittorietà dei passi, J. CUJACIUS, In *lib. XXXVIII* Pauli ad *edictum*. Recitationes *solemnes*, in Opera, cit., V, 937 ad L. *XII* de *Adm.* tut.: «Igitur hoc loco *sollemnia munera* ea tantum dicit, quae non necessaria, sed *perquam* necessaria sunt, τὰ ἔσφημα, τὰ νομιζόμενα, et quasi debita parentibus et cognatis: ergo non strenas dicit, non natalia, non nuptialia: nam et haec amicis debentur, non parentibus aut cognatis soli~et *perquam* necessaria etiam non sunt». Nella medesima direzione J. MICHEL, Gratuité, cit., 489. L'espressione *sollemnia* dona la ritroviamo in SYMM., epist. 7,76 (Migne, PL, XVIII, 301).

28. Sul passo, in generale, F. ALCIATUS, De *verborum* significatione, cit., 147 s., ad D. 50,16,18; J. CUJACIUS, In *lib. IX* Pauli ad *edictum*. Recitationes *solemnes*, in Opera, cit., V, 201, ad D. 50,16,18; A. ASCOLI, Sulla legge, cit., 175 n.2; Ch. LÉCRI-

be una *bipartizione*<sup>29</sup>, è importante. Essa, innanzitutto, conferma la definizione che Ulpiano, citando Labeone, dà di *munus* come *donum*.

Va poi sottolineato che l'accostamento, presente nel passo di Paolo, del *donum*, a concetti quali *onus* e *officium*, è possibile soltanto nella misura in cui tutti e tre i termini convergano, seppur con sfumature e gradazioni diverse, verso un'unica matrice: l'obbligatorietà. E se questa non ha bisogno di specificazioni nelle figure richiamate per ultime — espressione del *munus publicum* —, non altrettanto può dirsi con riferimento alla prima definizione; quale elemento, infatti, di coercizione è rawisabile nel *munus-donum*, tale da consentire il suo permanere all'interno del fenomeno?

Di certo, non si potrà parlare di obbligatorietà giuridica, carattere distintivo del *munus-officium* e del *munus-onus*, ma di obbligatorietà morale e psicologica, in cui la coazione è esercitata dagli usi. Ritorniamo ad Ulpiano-Labeone, e precisamente alle esemplificazioni finali: *donum... natalicium*, *nuptalicium*. Dire che la circostanza del compleanno o del matrimonio assurge a causa della liberalità, pur non mutandone natura, equivale a confermare che la donazione trova la propria fonte, non solo nel proposito del soggetto, ma anche negli usi che, collegando a determinati avvenimenti la consegna di doni, svolgono un'opera di 'induzione' all'elargizione stessa.

Significa, in altri termini, che la volontà del donante è, per così dire, persuasa, mossa, suscitata dall'uso: è, dunque, questo il comune denominatore che permette a Paolo di inserire al fianco del *munus-officium vel onus* anche il *munus-donum*.

---

VAIN, s.v. *Munus*, in *DS* 111,2038 ss.; B. KÜBLER, s.v. *Munus*, in *RE*, XVI.1, Stuttgart 1933,644 ss.; B. BIONDI, rec. a F. Casavola, *Lex Cincia*, cit., 263 ss.; F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 324; J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 482 ss.; G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in *BIDR* 67 (1964), 131 n.16; L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani*, ed. anast., Roma 1966, 152 n.1; R. MARTINI, *Le definizioni*, cit., 292 n.412; R. DÜLL, *Munera*, cit., 143; M. TALAMANCA, *Lo schema*, cit., 262 n.734; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie*, cit., 36 n.90. Infine, degno di nota lo studio di M. NUYENS, *La théorie des munera et l'obligation professionnelle au Bas-Empire*, in *RIDA* 5 (1958), 519 ss.

29. J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 493, il quale unisce i due concetti espressi mediante le espressioni *onus* e *munus* («... deux autres acceptions qui, pour moi, se ramènent à une seule: *munus* s'applique aux charges publiques - onus - et à l'obligation qui est faite aux citoyens de s'en acquitter - *officium* -»). Giustifica la triplice suddivisione F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 324, secondo cui «Paolo aggiunge l'*onus*, proprio perchè nel *munus* l'età sua coglie soprattutto il senso di peso, di obbligo...~Sul concetto di *onus* e *officium* rimandiamo a contributi specifici: tra gli altri, F. CANCELLI, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, in *RISG* 9 (1957-1958), 351 ss.; G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice*, cit., 130 ss. Si veda, inoltre, l'intero titolo IV del libro L del Digesto, de *muneribus* et honoribus.



4. - I concetti fino ad ora emersi s'intrecciano nel seguente passo di Marciano, non agevole e perciò di controversa interpretazione<sup>30</sup>:

D. 50,16,214 (Marc. 1 *publ. iud.*): 'Munus' proprie est, quod necessarie obimus lege more imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. 'dona' autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris officii<sup>31</sup>, sed sponte praestantur: quae si non praestentur, nulla repraehensio est et, si praestentur, plerumque laus inest. sed in summa in hoc ventum est, ut non quodcumque munus, id et donum accipiatur, at quod donum fuerit, id munus recte dicatur.

Sulle tracce del pensiero di Cujacio<sup>32</sup>, riteniamo che il frammento, sicuramente contorto e forse rimaneggiato<sup>33</sup>, possa essere diviso in tre parti: una prima (da munus a potestatem), avente ad oggetto i munera pubblica, quelli che Paolo chiama onera e *officia*; una seconda (da dona a *inest*), concernente i dona; una terza (da sed a dicatur), relativa ai *munera-dona*.

Con ogni probabilità precedeva una domanda del giurista su cosa potesse essere detto rettamente munus<sup>34</sup> e una riflessione sull'intreccio tra munera giuridicamente obbligatori e *munera* solo moralmente o psicologicamente obbligatori, partecipi, più che dell'essenza dei primi, della natura

30. Sul passo, in generale, F. ALCIATUS, *De verborum significatione*, cit., 367 ss., ad D. 50,16,214; J. CUJACIUS, In lib. IX. Pauli ad *edictum*. Recitationes *solemnes*, cit., V, 201 s.; A. ASCOLI, Sulla legge, cit., 175 n.2; CH. LÉCRIVAIN, s.v. Munus, cit., 2038 ss.; B. KÜBLER, s.v. Munus, cit., 644 ss.; A. D'ANGELO, La donazione, cit., 3 n.3; B. BIONDI, Successione, cit., 636 n.5; F. CASAVOLA, *Lex Cincia*, cit., 145; G. ARCHI, La donazione, cit., 71 ss.; B. ALBANESE, rec. a G. Archi, La donazione, cit., 254; B. BIONDI, rec. a F. Casavola, *Lex Cincia*, cit., 265; J. MICHEL, Gratuité, cit., 1962, 484 ss.; F. GRELE, '*Munus publicum*', cit., 329; R. MARTINI, Le definizioni, cit., 146 n.22, nonché 351; A. CARCATERA, Le definizioni, cit., 193; G. ARCHI, 'Donare', cit., 684; S. BROISE, *Animus donandi*, cit., 109 ss.; M. TALAMANCA, Lo schema, cit., 255 n.713; M. BRETONE, Tecniche e ideologie, cit., 36 n.90; A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 (1991), 350 n.32; G. COPPOLA, Cultura e potere, cit., 230 n.164.

31. Th. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1963<sup>2</sup>, 952: D. 50,16,214: ... nulla necessitate *iuris officii* et sponte...

32. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum XVI*. Lib. L. Digest. *De verborum*, cit., VI, 1787, il quale ritiene che sia derivato dalla *lex repetundarum*. O. LÉNEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, che inserisce il frammento sotto il titolo ad *legem Iuliam repetundarum*, rinviando a D. 48,11,6,2 e D. 1,18,18 (sui quali si veda in seguito). Lo riprende R. MARTINI, Le definizioni, cit., 351 n.569.

33. L'inciso finale è ritenuto interpolato da G. BESELER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Tübingen 1913, 79, citato in *Index itp.*, I, Weimar 1929, 589.

34. Non a caso il frammento si conclude con le parole ...quod *donum* fuerit, id *munus* recte dicatur.

dei dona.

Da questo inquadramento si comprende che l'idea sulla quale è costruita l'intera suddivisione, prospettata dal frammento, è incentrata sui concetti di obbligatorietà giuridica, obbligatorietà morale e psicologica e pura liberalità.

**Innanzitutto**, l'obbligatorietà giuridica, ovvero l'essenza dei munera publica: ai sensi di questa ricostruzione, munus<sup>35</sup> è il carico che per legge, per consuetudine, per ordine di chi ha il potere si è costretti (necessarie) a prestare (mos, in questo quadro, è assunto a fonte di diritto<sup>36</sup> al pari di *lex* e *imperium*<sup>37</sup>).

---

35. D. 50,4,14,1 (Call. 1 de cogn.): Munus aut *publicum* aut *privatum* est. *publicum munus* dicitur, quod in *administranda* re publica *cum sumptu sine titulo dignitatis subimus*. Ancora, D. 50,4,18,28 (Arc. Char. lib. *sing.* de *muner. civil.*): Haec *omnia munera*, quae *trifariam divisimus*, una *significatione comprehenduntur: nam personalia et patrimoniorum et mixta munera civilia seu publica appellantur*. Infine, D. 50,16,239,3 (Pomp. lib. *sing.* ench.): 'Munus *publicum*' est *officium* privati *hominis*, ex quo *commodum* ad singulos universosque cives *remque eorum imperio* magistratus *extraordinarium pervenit*.

36. Sui *mores* come fonte di diritto, nel passo in questione, tra gli altri, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes* ad Titulum XVI. Lib. L. Digest. De *verborum*, cit., VI, 1787: «... munus publicum, quod subeunt inviti legibus vel magistratibus, vel moribus civitatis imperantibus». Nel medesimo senso, G. ARCHI, *La donazione*, cit., 71; J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 493; inoltre, sebbene con l'attribuzione errata, A. MANZO, *Sull'origine del divieto*, cit., 350, la quale cita altri passi, a sostegno dell'assunto: D. 1,3,32 (Iul. 84 dig.); D. 23,2,8 (Pomp. 5 ad *Sab.*); D. 49,15,19 (Paul. 16 ad *Sab.*); D. 50,13,5 (Call. 1 de cogn.). Contro questa interpretazione, per tutti, F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 329, secondo cui «la necessitas acquista un rilievo giuridico, diventa necessitas iuris, nelle funzioni la cui fonte è considerata fonte dello ius (ed è significativo il parallelismo con le fonti dell'ordinamento in Gai 1,2), rimane su un piano sociale quando derivi dal *mos*, in cui trovano fondamento i *munera-dona*». In generale, sul *mos*, tra gli altri, M. LAURIA, *Ius*. Visioni romane e moderne, Napoli 1967<sup>8</sup>, 80 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1980<sup>4</sup>, 289 ss.; M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1989<sup>2</sup>, 29 ss.

37. F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 329, il quale richiama, per sostenere la propria interpretazione Gai 1,2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis ~senatoconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*. Tuttavia, depongono per un senso opposto: D. 50,4,1,2 (Herm. 1 epit.): *Personalia civilia sunt munera defensio civitatis, id est ut syndicus fiat: legatio ad census accipiendum vel patrimonium: scribatus: καμηλασία: annonae ac similiarum cura: praediorumque publicorum: frumenti comparandi: aquae ductus: equorum circensium spectacula: publicae viae munitiones: arcae frumentariae: calefactiones thermarum: annonae divisio et quaecumque aliae curae istis sunt similes. ex his enim, quae rettulimus, cetera etiam per leges cuiusque civitatis ex consuetudine longa intellegi potuerunt*. Inoltre Giustiniano, nelle *Institutiones*, inserisce il *mos* tra le fonti di diritto: I. 1,2,3: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut*

Poi, la liberalità totale, ovvero i doni incondizionati, prestati *nullo iure cogente*<sup>38</sup>.

*Nulla necessitate iuris officii*, 'senza alcuna necessità di dovere di diritto' oppure 'senza alcuna necessità di diritto'  $\langle 0 \rangle$ <sup>39</sup> di dovere giuridico<sup>40</sup>

ex non scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum ius est *lex, plebiscita*, senatus consulta, principum *placita*, magistratuum edicta, *responsa prudentium*... 9, Ex non scripto ius venit, quod *usus* comprobavit. *Nam diuturni mores* consensu utentium *comprobati* *Zegem imitantur*.

38. D. 50,17,82 (Pap. 9 resp.): *Donari videtur*, quod nullo iure cogente *conceditur*. La massima, riportata anche in D. 39,5,29 pr., conferma che è donazione soltanto ciò che viene conferito senza alcun obbligo giuridico. In generale sul passo, E. COSTA, Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano, III, Bologna 1896, 178; B. BIONDI, Il concetto di donazione, cit., 668; F. STURM, Observations *exégétiques sur Paul*, D. 46.2.12 (L. 31 'ad ed. '), in Studi Volterra, I, Milano 1971, 260; S. BROISE, *Animus* donandi, cit., 110 ss.; M. TALAMANCA, Per la storia della giurisprudenza romana, in BIDR 80 (1977), 216 n. 32; H. KUPISZEWSKI, Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra i fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio', in Iura 29 (1978), 130 n.59. J. CUJACIUS, Recitationes solemnes ad *Titulum XVII*. Lib. L. Digest. De diversis regulis, cit., VI, 2077 s., il quale pone la regola come criterio per escludere dalla categoria *donatio* le *remuneraciones*: «remuneratio non est proprie liberalitas, sed quasi pretium et merces officii». Contro quest'ultima opinione, ACCURSIUS, Glossa in *Digestum Vetus*, cit., VII, 118, ad D. 5,3,25,11, secondo cui «omnis enim creatura movetur ad beneficiandum ei, qui sibi benefacit, et talis obligatio ex instinctu naturae procedit... Si autem quod instinctu naturae debetur, solvatur, donatio est sine dubio, quae nomen assumit remunerationis». Non è condivisibile l'opinione di S. BROISE, *Animus* donandi, cit., 111, il quale intravede nella massima papiniana l'esplicitazione del «carattere tipico della donazione, quello della spontaneità». Al contrario, carattere tipico della donazione è l'assenza, almeno in questo periodo storico, del vincolo giuridico, dal momento che anche il munus, regalo non certo spontaneo, rientra nel genus donum. H.H. KÖNIG, Die vor der Ehe bestellte dos nach *klassischen römischen* Recht, in SDHI 29 (1963), 200, il quale, limitando la sua applicazione ad un caso concreto, la considera come la base, su cui si fondava la decisione di Giuliano in tema di costituzione di dote da parte di un terzo (D. 12,4,7 pr.). Al contrario, G. ARCHI, La donazione, cit., 72, che reputa la massima introdotta ai fini di una contrapposizione esplicita o implicita tra donum in senso stretto e *munera* privata.

39. Già propende per quest'ultima lettura, ovvero rende l'inciso con *nulla necessitate iuris, officii*, sed sponte H. DONELLUS, *Opera omnia*, XI, cit., 1703; aggiunge un *vel* J. CUJACIUS, Recitationes solemnes ad *Titulum XVI*. Lib. L. Digest. De *verborum*, cit., VI, 1787: «nulla necessitate iuris, *vel officii*, sed sponte». Lo segue recentemente F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 329. Di quest'ultimo autore non è condivisibile l'interpretazione, secondo cui il termine *officium* coinciderebbe con l'*officii* causa proprio delle definizioni degli eruditi, e quindi concetto antitetico a sponte, come sarebbe *munus* rispetto a donum.

40. Si veda, ad esempio, quanto detto da Gaio in rapporto alla tutela: D. 26,1,16 pr. (Gai. 12 ad edict. prov.): Tutela plerumque virile officium est.

(e in questo caso *officium* sembrerebbe assunto proprio nel suo significato di dovere giuridico), e *sponte*, sinonimo di volontarietà, sono gli opposti ed antitetici poli del ragionamento marciano.

In questa prospettiva, la *repraehensio* (a cui il giurista accenna nella parte dedicata ai dona per dire che essa non c'è si non praestentur) deve essere riferita tanto alla categoria dei *munera publica*, quanto alla categoria dei munera-dona<sup>41</sup>. Con tale espressione, quindi, il giurista, nel primo caso, indicherebbe la reazione dell'ordinamento diretta ad ottenere l' eseguibilità del comportamento prescritto<sup>42</sup>, nel secondo, il semplice biasimo, giudizio negativo per una azione ritenuta non conforme a criteri di equità.

Nell'inciso finale<sup>43</sup> — *sed in summa in hoc ventum est, ut non quodcumque munus, id et donum accipiatur, at quod donum fuerit, id munus recte dicatur*<sup>44</sup> ('in definitiva si è giunti a questo, che non qualunque munus è da considerarsi come dono, ma è rettamente detto munus quello che ha gli estremi del dono') — noi scorgiamo un riferimento ai *munera publica* (non qualunque munus è dono) e un riferimento ai munera-dona (è rettamente detto munus ciò che è dato come dono).

Se questo è esatto, anche Marciano attesta la vigenza ai suoi tempi, come già ai tempi di Labeone, della figura del munus-donum, e cioè della moderna liberalità d'uso, ma costruita come dono, ancorché obbligatorio sul piano psicologico e morale.

Dunque, Marciano non rappresenterebbe un capovolgimento della

41. A. D'ANGELO, *La donazione*, cit., 3, il quale circoscrive la *repraehensio* ai *munera-dona* scaturenti dal *mos*, con la conseguente limitazione dell'espressione a designare il semplice biasimo.

42. D. 50,4,9 (Ulp. 3 *de off. cons.*): *Si quis magistratus in municipio creatus munere iniuncto fungi detrectet, per praesides munus adgnosceret cogendus est remediis. quibus tutores quoque solent cogi ad munus quod iniunctum est adgnosendum.*

43. J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 485, che individua, anche sulla base dell'inciso finale — *sed in summa in hoc ventum est* — un concetto originario di *munus*, ovvero il dono, ed uno, al quale si è giunti, caratterizzato dall'obbligatorietà.

44. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum XVI. Lib. L. Digest. De verborum*, cit., VI, 1787 s., il quale sostiene l'uso improprio (*abusu*) dei termini impiegati: «*Et hoc refert, ea lex esse secundum proprietatem verborum, abusu tamen in hoc ventum est, ut non quodcumque munus id et donum dicatur: natalitium, quod est munus, dicitur quidem donum: sed tutela, quod est munus civile, non dicitur donum, quod et usus, et proprietates exigit: sed abusus in eo est, quod interdum, quod donum fuerit, munus dicimus, non quodcumque donum: nec enim dicit quodcumque, sed quod: sed abusione factum est, ut interdum, quod donum est, munus dicitur, si causam habuerit in officio positam, ut natalitium, nuptalitium; et ita abusive muneris nomen translatum est etiam ad ea, quae nulla juris necessitate constringuntur, ut ad dona, quae causam habent. Proprie munus est necessarium, donum voluntarium.*»

classificazione di Ulpiano-Labeone, come ha sostenuto Alciato<sup>45</sup> e, sulle sue orme, altri studiosi<sup>46</sup>, ma, come già detto, confermerebbe il rapporto *donum-genus* e *munus-species*<sup>47</sup>.

In definitiva, laddove c'è obbligatorietà giuridica, non vi può essere liberalità; laddove c'è liberalità, può sussistere obbligatorietà morale e psicologica, in quanto il proposito dell'individuo, sebbene cum causa *vel officii* causa, è comunque libero e volontario.

5. - Le testimonianze giuridiche, ora viste, coerentemente attestano il fenomeno della liberalità d'uso inquadrato come donazione per un arco di tempo che va dall'età labeoniana e, attraverso i passi giurisprudenziali impiegati nel *Digesto*, fino a Giustiniano.

Che ne è nell'epoca precedente?

Nonostante la problematicità dei pochi riscontri possibili, crediamo di poter assumere che il fenomeno in discorso e la relativa qualificazione giuridica siano documentati anche per l'età preclassica, e a sostegno riteniamo si possano addurre alcune testimonianze dei comici finora completamente tralasciate o scarsamente utilizzate.

Procedendo a ritroso nel tempo rinveniamo innanzitutto, secondo l'attestazione di Venuleio Saturnino<sup>48</sup>, le espressioni *donum* e *munus*<sup>49</sup> nella

45. F. ALCIATUS, *De verborum significatione*, cit., 368 s., ad D. 50,16,214, il quale afferma che «in hoc ex communi loquendi usu ventum est, ut qualiscunque largitio vel donum, munus dici possit. Ulpianus igitur rationem sermonis, Martianus usum considerat».

46. F. GRELLE, '*Munus publicum*', cit., 329, secondo cui «nell'uso comune, tuttavia, si è giunti all'assimilazione di ogni *donum* ad un *munus*. Il capovolgimento del rapporto che Labeone aveva posto tra *munus* e *donum* si impone, con l'acquisita coscienza dell'unità del fenomeno: il *munus* è il *genus*, *donum* la *species*».

47. Interessante e condivisibile il ragionamento di H. DONELLUS, *Opera omnia*, cit., XI, 1703, ad D. 50,16,18 il quale argomenta, sulla base dell'espressione non *quodcumque* munus, che il termine *munus* sembra più ampio di *donum*. Tuttavia, continua l'insigne studioso, «munus generaliter accipi et specialiter. Generaliter significat onera, officia, largitiones... Cum autem specialiter, significat donum, quod ex necessitate officii vel causa datur, et tunc sub dono comprehenditur his verbis, donum, munus». Dunque, non contraddizione con quanto sostenevano Ulpiano-Labeone.

48. D. 48,11,6,2 (Ven. Sat. 3 publi. iud.): *Lege Iulia repetundarum* cavetur, ne quis ob *militem legendum mittendumve* aes accipiat, neve quis ob *sententiam* in senatu *consiliove* publico *dicendam pecuniam* accipiat, *vel* ob *accusandum vel* non *accusandum*: utque urbani *magistratus* ab *omni* sorde se abstineant neve *plus* doni *muneris* in anno accipiant, *quam* quod sit *aureorum centum*.

49. *Munus* et *donum* figurano anche in un plebiscito di età incerta, che la maggior parte degli studiosi non ritiene comunque identificabile con quello cincio, D.

*lex Iulia de pecuniis repetundis*<sup>50</sup>, la quale vietava ai magistrati urbani di accettare doni superiori ad un certo ammontare. Per quanto riguarda i magistrati provinciali un non meglio conosciuto plebiscito impediva loro di *munus donum capere*<sup>51</sup>.

Un'altra considerazione preliminare, prima di procedere, concerne un problema già sopra richiamato<sup>52</sup>: l'intreccio tra quelle che oggi si chiamano liberalità d'uso e le donazioni remuneratorie e l'impossibilità di distinguere sempre quando si parla di *munus-donum* se si tratta dell'una o dell'altra figura<sup>53</sup>.

Un notevole salto cronologico è consentito dal plebiscito cincio del 204 a.C., che nel suo *index*<sup>54</sup> contiene la distinzione tra *dona* e *munera*. In questa sede noi non intendiamo discutere l'obbiettivo perseguito da questa legge, ma semplicemente rilevare che alla fine del III secolo operava nella sfera giuridica la distinzione tra *donum* e *munus*.

Anche qui si pone il problema se nel *munus-donum* rientrassero solo le liberalità d'uso o anche le donazioni remuneratorie<sup>55</sup>.

1,18,18 (Mod. 5 reg.): *Plebiscito continetur, ut ne quis praesidium munus donum caperet, nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur. Sul punto, tra gli altri, F. CASAVOLA, Lex Cincia, cit., 146. Di diverso avviso, per tutti, R. MARTINI, Le definizioni, cit., 351 n. 569.*

50. D. 48,11: *de lege Iulia repetundarum. Sulla legge, per tutti, G. ROTONDI, Leges publicae populi romani, Milano 1912, 389 ss., estr. da EG.*

51. Cfr. n. 49. Si veda anche D. 1,16,6,3, da cui emerge che nell'applicazione successiva di questa disciplina anche nei mandati era contenuta l'espressione *donum vel munus*. D. 1,16,6,3 (Ulp. 1 de off. proc.): *... et quod mandati continetur, ne donum vel munus ipse proconsul vel qui in alio officio erit accipiat ematve quid nisi victus cottidiani causa, ad xeniola non pertinet, sed ad ea quae edulium excedant usum. sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem.*

52. Cfr. nota 2.

53. In tal senso, per tutti, F.P. GAROFALO, *La 'lex Cincia de donis et muneribus'*, in *BIDR 15* (1903), 310.

54. PLAUT., *frg. inc. 14: Neque muneralem legem neque lenoniam rogata fuerit necne flocci aestimo. CIC., Cato 4: Deinde quadriennio post factus sum praetor, quem magistratum gessi consulibus Tuditano et Cethego, cum quidem ille admodum senex suasor legis Cinciae de donis et muneribus. CIC., de orat. 2,71,286: Cincius... legem de donis et muneribus tulit. LIV. 34,4,9: Quid legem Cinciam de donis et muneribus nisi quia vectigalis iarn et stipendiaria plebs esse senatui coeperat? ARNOB., nat. 2,67: In donis, in muneribus Cincias (i.e. leges)? Tra gli altri, B. BIONDI, *Successione, cit., 636, il quale nota che in riferimento alla legge Cincia non si possiede alcuna attestazione circa la differenza tra donum e munus. Sul punto anche P. CERAMI, D. 39,5,21,1, cit., 178 n.86.**

55. In argomento, tra gli altri, F. CASAVOLA, *Lex Cincia, cit., 17 s., secondo cui «la plebe urbana, grandemente accresciuta per l'esodo dalle campagne distrutte dalle operazioni di guerra, era costretta per far sue le liti a chiedere assistenza giudiziaria ai nobiles ed è comprensibile... che il rapporto di viva disegualianza so-*

Macrobio<sup>56</sup> ci dà un'informazione che risale ad epoca ancora anteriore al plebiscito *cincio*<sup>57</sup>. Infatti, ci attesta che la *lex Publilia de cereis* sarebbe intervenuta per limitare gli ingenti doni da parte dei clienti ai patroni in occasione dei Saturnali, limitandoli a semplici candele di cera: ... occasione *Saturnaliorum... munera exigerent*. Liberalità d'uso, dunque, sebbene imposte con la persuasione di un rapporto di dipendenza, e non liberamente per beneficiare la persona cara o l'amico,

La *ratio* è, ancora una volta, quella di vietare, ai fini della salvaguardia del più debole economicamente, ogni donazione, per così dire, coartata, e comunque non libera (indipendentemente dalla costrizione esercitata dal costume): in questo senso, sulla base dell'ultima testimonianza esaminata, è legittimo credere che l'impiego di *donum et munus*, nei provvedimenti sopra visti, non avesse altro scopo se non quello di indicare, senza possibilità di equivoci, ogni donazione, nelle sue variegate manifestazioni, tra cui, di certo, anche la liberalità d'uso.

---

ziale poneva gli oratores in condizione di chiedere e di ottenere pesanti ricompense alla loro opera. E tuttavia quest'uso doveva essersi esteso ben al di là della cerchia degli oratores.. Evidentemente qualunque prestazione che la plebs fosse costretta a richiedere agli organi giudiziari e dell'amministrazione - non va dimenticato che i iudices appartengono all'ordine senatorio - era accompagnata da *dona* e *munera*, che la richiesta sopraffattrice aveva reso ormai usuali». Numerose testimonianze documentano una situazione in cui la cittadinanza era divenuta *vectigalis vel stipendiaria* rispetto alla classe di governo: Liv. 34,4,9: *Quid legem Cinciam de donis et muneribus nisi quia vectigalis iam stipendiaria plebs esse senatui coeperat?* Tac., ann. 11,5: ... *consurgunt patres legemque Cinciam flagitant, qua cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*. Tac., ann. 13,42: *Eius opprimendi gratia repetitum credebatur senatus consultum poenaeque Cinciae legis adversum eos, qui pretio causas oravisset*. Tac., ann. 15,21: *Sic oratorum licentia Cinciam rogationem*. Queste osservazioni, unite al fatto che le persone esentate dal divieto della legge Cincia erano tutte ricomprese all'interno della cerchia familiare, (vedi da Vat. 298 a Vat. 309), portano a ritenere che scopo della legge non fosse tanto quello di disciplinare il fenomeno donazione nelle sue molteplici forme (in cui rientrerebbe, pertanto, anche la liberalità d'uso), quanto quello di impedire le elargizioni poste in essere tra persone estranee a vincoli morali e sociali, garanzia della spontaneità della medesima. In questo senso, *munus* potrebbe essere, come nell'ipotesi sopra vista, sia la liberalità d'uso, sia il dono di riconoscenza. In tal senso, tra gli altri, A. ASCOLI, *Sulla legge*, cit., 175 s.; F.P. GAROFALO, *La 'lex Cincia'*, cit., 310; B. BIONDI, *Successione*, cit., 636, il quale giunge a ritenerlo liberalità d'uso soltanto sul confronto che il termine *munus* assume in altre materie.

56. MACR., Sat. 1,7,33: *Illud quoque in litteris invenio, quod cum multi occasione Saturnaliorum per avaritiam a clientibus ambitiose munera exigerent* idque onus tenuiores gravaret, Publicius *tribunus* plebi tulit, non nisi *cerei* ditioribus *missitarentur*.

57. G. NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe*, Milano 1934, 99 s.

6. - La conferma che nel munus fosse compreso il dono di circostanza, imposto dall'uso, ci viene dalla lettura di Plauto e Terenzio che, aprendo un varco sulla quotidianità, sui rapporti che si susseguono, ritmicamente, nella vita di ogni giorno, costituisce l'attestazione più efficace, in una ideale continuità con il presente.

Il contributo offerto dai **comici**<sup>58</sup> ci permette di ritornare sulle fonti giuridiche con una consapevolezza diversa, rassicurati dalle nostre **asserzioni**. A guidarci in tal direzione è stata la **contestata**<sup>59</sup> menzione dei fidanzati<sup>60</sup> in Vat. 302<sup>61</sup>; il ricorso a testimonianze metagiuridiche **s'imponneva**, pertanto, per trovare conferma o, all'opposto, smentita dell'assunto.

Nella *Cistellaria*<sup>62</sup>, ad esempio, i doni assumono una veste particolare, in quanto, stando alle parole di **Alcesimarco**, costituiscono la dimostra-

58. I testi sono tratti dall'edizione critica A. ERNOUT, *Plaute*, ed. Les Belles Lettres, I-VII, Paris 1961-1967<sup>8</sup>; J. MAROUZEAU, *Térence*, ed. Les Belles Lettres, I-III, Paris 1964-1967<sup>8</sup>. Per la traduzione italiana si è consultato la collezione *Classici Latini*, ed. UTET, a cura di G. Augello, per Plauto (1972-1980<sup>2</sup>), a cura di O. Bianco, per Terenzio (1993). Per altri aspetti privatistici all'interno delle opere, rinviamo a E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, ed. anast., Roma 1968, nonché IDEM, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio*, ed. anast., Roma 1970.

59. In questo senso, per tutti A. GUARINO, *Adfinitas*, Milano 1939, 49: «... sarà più che lecita la conclusione che *vir et uxor*, sponsus sponsa sia la giunta **completemane** del compilatore postclassico della raccolta vaticana, cui è piaciuto di integrare con tutti i suoi esponenti la enumerazione di quelli che ai suoi tempi dovevano considerarsi *adfines*, senza por mente ai tremendi errori giuridici che avrebbe poi fatto attribuire a Paolo». Incerto si mostra E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40 (1932), 94 n.1, secondo cui «non è nemmeno da escludere che le parole sponsus, sponsa non appartengano al testo originale, ma siano state aggiunte in seguito... A favore di tale ipotesi, destinata naturalmente a rimanere tale per la mancanza assoluta di elementi sicuri, può osservarsi che nell'epoca postclassica le donazioni fra fidanzati assumono un'importanza grandissima e vengono anzi ad essere configurate come istituto a sé: non è quindi improbabile che uno scoliaste di quell'epoca, trovandosi di fronte alla lista della *lex Cincia*, abbia sentito il bisogno di ricordare anche le donazioni sponsalicie». Contro, tra gli altri, L. LANDUCCI, *Un preteso caso di affinità ed un passo dei Frammenti Vaticani*, estr. da *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, LXVIII, parte II, 1908-1909, 108 ss.; B. BIONDI, *Successione*, cit., 637 n.3; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova 1938, 17; F. CASAVOLA, *Lex Cincia*, cit., 63 n.34 e 64 n.35.

60. Paolo definisce *munus* l'anello di fidanzamento: D. 24,1,36,1 (Paul. 36 ad edict.): Sponsus *alienum anulum* sponsae *muneri misit*...

61. Vat. 302 (Paul. 71 ad edict.): *Excipiuntur et adfinium* personae ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener *nurus*, vir et *uxor*, sponsus sponsa.

62. PLAUT., *Cist.* 478 ss.; TER., *Heaut.* 890 ss.



zione, la prova che il suo sentimento nei confronti di Selenio non era di natura superficiale, ma finalizzato al matrimonio<sup>63</sup>:

PLAUT., *Cist.* 477 ss.: Al. Supplicium dabo a(urum et pa)ll(am), atque illi \* \*/ Me. Quo modo eg(o) \* \* \* \* \* ad medi \* \* ser \* \*/ \* \* ss \* \* \* \* \* quia es nactus novam, / quae \* \* Al. \* \* \* \* \* big \* \* s quaedam, quasi tu nescias / \* \* Me. (Di) deaeque illam perdant pariter - / Al. \* \* \* \* \* umquam si hoc fallo. Me. Nil moror / \* (hau fa)lsum fallis \* \* \* \* \* at fides. / Postremo si mihi dedisses verba, dis numquam dares. / Al. Quin equidem illam duc(am) ux(orem). Me. Ducas, si d \* \* \* \* \*/ Nunc hoc si tibi commodumst, quae \* \* / Al. Instruxi illi aurum atque vestem<sup>64</sup>.

Ancora, nell'*Heautontimorumenos* Cremete, rivolgendosi a Menedemo, padre di Clinia, vuol sapere se mai Dromone (schiavo di Menedemo) lo avesse già informato che in occasione della promessa di matrimonio egli avrebbe dovuto sopportare — opus esse — un certo carico di doni (*vestem, aurum, ancillas*):

TER., *Heaut.* 890 ss.: Ch. Mane, (mane): hoc prius scire expeto / quid perdidideris; nam ubi desponsam nuntiasti filio, / continuo iniecisse verba tibi Dromonem scilicet: / sponsae vestem aurum atque ancillas opus esse, argentum ut dares<sup>65</sup>.

Al di fuori dei fidanzati, invece, ma sempre con riferimento alle liberalità d'uso, lo schiavo Davo, nel *Phormio*, annuncia l'uso di regali in occasione di compleanni, fidanzamenti di amici, nascite di figli o della loro iniziazione ai misteri<sup>66</sup>:

63. Diversamente PLAUT., *Cist.* 89 ss., in cui, in un crescendo di intensità, il dono è raffigurato come lo strumento attraverso cui conoscere l'amata: *Per Dionysial mater pompam me spectatum duxit. Dum redeo domum, / conspicillo consecutust clanculum me usque ad fores; / inde in amicitiam insinuavit cum matre et mecum simul / bianditiis, muneribus, donis... I At ille conceptis iuravit verbis apud matrem meam / me uxorem ducturum esse.*

64. Trad. it.: Al. A titolo di riparazione darò a te dei gioielli e un mantello ad essa... Me. Come potrei io... giacché te ne sei trovata un'altra?... Al. ... come se tu non sapessi che... Me. La possan subissare gli dèi e le dee. Al. (Che tu non mi creda) mai più, se t'inganno su questo punto. Me. Me ne infischio. Stai cercando di gabbare chi non si lascia gabbare... Infine se ti riuscisse a farla a me, non potresti farla mai più agli dèi. Al. Ma se io la voglio sposare! Me. La sposeresti se (vorranno) gli dèi. Ma ora se ti fa comodo di... Al. L'ho caricata d'oro e di vestiti.

65. Trad. it.: Cr. Aspetta un momento: prima sono curioso di sapere cosa ci hai rimesso: infatti, appena hai riferito a tuo figlio della promessa di matrimonio, subito Dromone ti avrà riempito la testa, naturalmente, che ci vuole il vestito per la sposa, i gioielli, le schiave... per farti tirar fuori i soldi.

66. TER., *Phorm.* 35 ss.; PLAUT., *Pseud.* 775 ss.

TER., *Phorm.* 35 ss.: Da. Amicus summus meus et popularis Geta/ heri ad me venit (erat ei de ratiuncula/ iam pridem apud me relicuom pauxillulum/ nummorum) id ut conficerem; confeci, adfero./ Nam erilem filium eius duxisse audio/ uxorem; ei credo munus hoc conraditur./ Quam inique comparatumst hi qui minus habent/ ut semper aliquid addant ditioribus!/ ... Porro autem Geta ferietur alio munere ubi era pepererit, porro autem ubi erit puer natalis dies,/ ubi initiabunt... Omne hoc mater auferet,/ puer causa erit mittundi<sup>67</sup>.

Nello Pseudolus, il puer, schiavo del lenone Ballione, sembra addivenire alla liberalità per il natalizio del padrone, più per le minacce di quest'ultimo, che per suo espresso desiderio:

PLAUT., Pseud. 775 ss.: Nunc huic lenoni hodie est natali dies;/ interminatus (es)t a minimo ad maximum,/ siquis non hodie munus misissetsibi,/ eum cras cruciatu maximo perbitere./ Nunc nescio hercle rebus quid faciam meis,/ neque ego illud possum quod illi qui possunt solent./ Nunc nisi lenoni munus hodie misero<sup>68</sup>.

Infine, nel Miles<sup>69</sup> il vecchio Periplecomeno, illustrando gli svantaggi dell'aver moglie, parla di doni, mance e ricompense a favore della pieghettatrice, della ceraia, della balia che nutre gli schiavetti, e dipinge come *flagitium* il non aver dato nulla a colei che supercilio spicit:

PLAUT., *Mil.* 685 ss.: Pe. Nam bona uxor suave ductust, si sit usquam gentium/ ubi ea possit inveniri. Verum egone eam ducam domum,/ quae mihi numquam hoc dicat: 'eme, mi vir, lanam, unde tibi pallium/ malacum et calidum conficiatur tunicaeque hibernae bonae,/ ne algeas hac hieme' (hoc numquam verbum ex uxore audias)/ verum prius quam galli content, quae me e sommo suscitet,/ dicat: 'da, mi vir, Calendis meam qui matrem munerem;/ da qui faciam condi(men)ta; da quod dem quinquatribus/ praecantrici, coniectrici, hariolae atque haruspicae;/ flagitiumst si nil mittetur, quae supercilio spicit./ Tum plicatricem clementer non potest quin munerem;/ iam pridem, quia nil abstulerit, suscenset ceriaria;/ tum opstetrix expostulavit

---

67. Trad. it.: Da. Il mio grande amico e conterraneo Geta ieri è venuto da me. Avevo con lui il resto di un vecchio conticino di pochi soldi: mi ha chiesto di saldarlo. Li ho racimolati e glieli porto. Ho sentito dire che il figlio del suo padrone ha preso moglie: credo che abbia raggranellato questi soldi per fargli un regalo. Che ingiusta usanza: chi ha di meno deve sempre dare qualcosa a chi è più ricco! ... Più in là Geta avrà la botta di un altro regalo, quando la padrona partorirà; poi quando il bambino compirà gli anni, quando lo inizieranno ai misteri... La madre si piglierà tutto questo e il bambino sarà il pretesto per mandargli i regali.

68. Trad. it.: Oggi è il compleanno del lenone; e ci ha minacciati tutti, dal primo all'ultimo, che se non gli facciamo qualche regalo, domani ci metterà alle peggiori torture. Ora, corpo di Bacco, non so che pesci pigliare, perché io non ho la disponibilità che per lo più hanno quelli che possono. E così se oggi non gli mando un regalo...

69. PLAUT., *Mil.* 690 ss.

mecum parum missum sibi;/ quid? nutrici non missuru's quicquam quae vernas alit?'/ haec atque huius similia alia damna multa mulierum/ me uxore prohibent mihi quae huius similis sermones serat<sup>70</sup>.

L'infinita serie di situazioni, tratte dalla concretezza del quotidiano, dà anima e forma alle astratte categorie giuridiche, facendole rivivere come nell'attimo presente della loro ricezione. Esse ci attestano, senza ripensamenti, che il termine *munus*, a partire dall'età preclassica, è comprensivo anche di quelle liberalità d'uso<sup>71</sup> giuridicamente studiate e approfondite nei periodi storici successivi.

70. Trad. it.: Pe. Effettivamente sarebbe una bella cosa metter su famiglia con una buona moglie, se uno sapesse dove andarsela a pescare. Ma vi pare che io mi metterei alle costole una che non mi dicesse mai «marito mio, comprati della lana che ti faccio un caldo e morbido mantello e una buona tunica per ripararti da questo brutto inverno?» (non c'è pericolo che una moglie ti dica queste cose), invece, ancor prima che cantino i galli, mi sveglierebbe per dirmi: «Marito mio, dammi i soldi per fare un regalo a mia madre per il primo del mese; i soldi per la marmellata; i soldi per pagare alla ricorrenza delle Quinquatrie la fattucchiera, l'interprete dei sogni, l'indovina, la maga. Sarebbe uno scandalo non mandare nulla a quella che legge il pianeta dal sopracciglio; sarebbe una crudeltà non fare un regalino alla pieghettatrice. E' un pezzo che la ceraia mi tiene il broncio perché non ha avuto la mancia; anche la levatrice si è lamentata con me d'aver ricevuto poco. E non vorrai dare qualcosa alla balia che ti nutre gli schiavetti di casa?». Questi e mille simili malanni delle donne mi hanno sconsigliato di prender moglie, che mi ricanterebbe ad ogni momento di tali tantaferre.

71. Il confronto con alcune soltanto delle numerose situazioni, da cui traspare la sola 'causa' di liberalità, al di là dei motivi che possono aver spinto all'atto, è di aiuto nel risaltare maggiormente l'aspetto di doverosità. Si veda: PLAUT., *Aul.* II arg. 1 ss.: *Aulam repertam/ auri plenam/ Euclio/ vi summa servat miseris adfectus modis./* Lyconides istius vitiat filiam./ *Volt hanc Megadorus indotatam ducere, lubensque ut faciat dat coquos cum obsonio.* PLAUT., *Merc.* 330 ss.: *De. Hoc nunc mihi viso opus(t),/ huic persuade(re) quo modo potis siem,/ ut illam vendat neve det matri suae;/ nam ei dono advexe audivi.* PLAUT., *Mil.* 703 ss.: *PZ At illa Zaus est, magno in genere et in divitiis maxumis/ Ziberos hominem educare, generi monumentum et sibi./* Pe. Quando habeo multos cognatos, qui opus est mihi liberis?/ Nunc bene vivo et fortunatae atque ut volo atque animo ut lubet./ Mea bona mea morte cognatis didam, inter eos partiam;/ hi apud me aderunt, me curabunt; visent quid agam, quid velim;/ prius quam Zucet adsunt, rogitant noctu ut somnum ceperim./ (Eos pro Ziberis habeo, qui mihi mittunt munera)/ ... Ille miserrimum se retur minimum qui misit mihi./ Illi inter se certant donis; egomet mecum mussito:/ 'Bona mea inhiant; me certatim nutricant et munerant'. PLAUT., *Mil.* 957 ss.: *Pa. Hunc arrabonem amoris primum a me accipel... A luculenta atque festiva femina,/ quae te amat tuamque expetessit pulcram pulcritudinem./ Eius hunc mi anulum ad te ancilla porro ut deferrem dedit.* PLAUT., *Truc.* 528 ss.: *Str. Si h(er)cle me ex medio mari/ savium petere tuum iubeas, petere hau pigeat (me), mel meum./ Id ita esse experta es; nunc experiere, mea Phronesium,/ me te amare. Adduxi ancillas tibi eccas ex (S)uri(a) duas;/ is te dono... I Mea vo Zuptas, attuli eccam pallulam ex Phrygia tibil... Perii hercle miser: iam (mi) auro con-*

7. - L'istituto moderno della liberalità *d'uso*, che trova, come si è visto, la sua disciplina nel codice civile, all'art. 770, 2 comma, ha un corrispondente nel *munus-donum* del diritto romano.

Come ci avvertono i giuristi dell'età classica e successiva, e come ci illuminano inequivocabilmente Plauto e Terenzio per l'epoca preclassica, la figura della liberalità moralmente e psicologicamente obbligatoria è delineata con chiarezza.

Il punto di assoluta divergenza tra passato e presente è che oggi la liberalità *d'uso* non è donazione, ieri una specie di donazione.

L'eco delle parole di Mauss<sup>72</sup>, dalle quali ha preso spunto il lavoro, è ancora vivo: «... il sistema dei doni contrattuali... va molto al di là del matrimonio; i doni, infatti, accompagnano i seguenti avvenimenti: nascita, circoncisione, malattia, pubertà della ragazza, riti funebri, commercio...». Liberalità e obbligatorietà, opposte anime di un medesimo fenomeno, uniscono, in un ideale abbraccio, l'umana natura: come se il tempo non fosse passato, l'uomo scopre, attraverso un semplice costume, la propria identità immutata.

#### ABSTRACT

L'autore indaga il fenomeno dei doni moralmente e psicologicamente obbligatori, ma non giuridicamente obbligatori. Principali testi: D. 50,16,18 (Paul. 9 ad edict.); D. 50,16,194 (Ulp. 43 ad edict.); D. 50,16,214 (Marc. 1 publ. iud.); PLAUT., *Cist.* 477 ss.; PLAUT., Mil. 685 ss.; PLAUT., *Pseud.* 775 ss.; Ter., Heaut. 890 ss.; TER., *Phorm.* 35 ss.

The autor deals with an inquiry into case of gifts morally and psychologically compulsory, but not legally too. Principal texts: D. 50,16,18 (Paul. 9 ad edict.); D. 50,16,194 (Ulp. 43 ad edict.); D. 50,16,214 (Marc. 1 publ. iud.); PLAUT., *Cist.* 477 ss.; PLAUT., Mil. 685 ss.; PLAUT., *Pseud.* 775 ss.; TER., Heaut. 890 ss.; TER., *Phorm.* 35 ss.

---

*tra constat filius, / etiam nunc nili pendit (addit) purpuram. Ex Arabi(a) tibil attuli tus, Ponto amomum: tene tibi, voluptas mea. TER., Eun. 108 ss.: Th. Ibi tum matri parvulam/ puellam dono quidam mercator dedit/ ex Attica hinc abreptam.../ Mater mea illic mortuast/ nuper; eius frater aliquantum ad rem est avidior;/ is ubi esse hanc forma videt honesta virginem/ et fidibus scire, pretium sperans, ilico/ producit, vendit; forte fortuna adfuit/ hic meus amicus; emit eam dono mihi.*

72. M. MAUSS, *Saggio*, cit., 165.

## NOTIZIARIO

Nell'anno accademico 1994/1995 sono state promosse le seguenti iniziative:

Immagini del *II* secolo d.C. *fra* antico e moderno, lezione tenuta dal prof. A. Schiavone, dell'Università di Firenze.

Specialist Seminar on *EC Law: Equal Treatment of Men and Woman in Social Security*, seminario organizzato dal prof. G. G. Balandi dell'Università di Ferrara, in collaborazione con la dott. S. Renga dell'università di Perugia, su iniziativa della Commissione Europea - DG V - Equal Opportunities Unit.

Il secondo "*Restatement*" sui contratti nel diritto statunitense, conferenza tenuta dal prof. E. A. Farnsworth, della Columbia University di New York.

*Regionalismo* e Federalismo, seminario tenuto dal prof. V. Angiolini, dell'università Cattolica di Milano, e dalla prof. R. Tosi, dell'Università di Padova.

Democrazia, informazione, nuove tecnologie, incontro-dibattito con la partecipazione di S. Rodotà, dell'Università la Sapienza di Roma.

La rappresentanza politica, seminario tenuto dal prof. G. U. Rescigno, dell'università la Sapienza di Roma.

*Il* bilancio di impresa *nell'esperienza* professionale, lezioni tenute dal dott. A. Dondena, commercialista in Milano.

È stato promosso nell'ambito del Centro interuniversitario per la documentazione e lo studio delle relazioni giuridiche fra Italia e Germania, un ciclo di conferenze e corsi sul tema:

Il diritto sociale europeo, prof. E. Eichenhofer, dell'Università di Osnabruck;

Riforme costituzionali nella Repubblica Federale tedesca, prof. K. Stern, dell'università di Colonia;

I limiti del sindacato dei giudici amministrativi, prof. E. Schmidt-Aßmann, dell'università di Heidelberg;

Federalismo e ordinamento locale, prof. J. Ipsen, dell'Università di Osnabruck;

Teorie conservatrici del diritto e dello Stato, prof. G. Haverkate, dell'università di Heidelberg;

L'arbitrato nel diritto italiano, tedesco e internazionale, prof. G. Walter, dell'Università di Bern.

Il prof. F. Sturm, dell'Università di Losanna, ha tenuto un corso sull'argomento: Il codice civile tedesco: dalla sua *formazione* alla reintroduzione nei *territori* della ex DDR.

L'Associazione studenti per giurisprudenza ha organizzato una serie di incontri sul tema Dialogo sulla criminalità:

La prevenzione e *la* lotta alla criminalità organizzata, con l'intervento del dott. G. Caselli, proc. della Repubblica presso il tribunale di Palermo, dott. V. Borraccetti, sost. proc. nazionale antimafia, dott. A. Spataro, sost. proc. della Repubblica presso il tribunale di Milano.

L'economia di mercato e l'economia criminale, con la partecipazione del prof. A. Fineschi dell'Università di Firenze, e del prof. G. M. Rey, presidente dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione;

Criminalità organizzata e risposta dello Stato, con l'intervento dell'on. L. Violante, vice presidente della Camera dei Deputati, on. M. Gasparri, dep. del Parlamento italiano, on. T. Parenti, presidente della Commissione parlamentare antimafia;

Lo sguardo dei *mass media* sulla mafia, con l'intervento del dott. V. Feltri, direttore del quotidiano "Il giornale", on. W. Veltroni, direttore del quotidiano "L'unità", dott. M. Padovani, presidente dell'associazione Stampa Estera.

Nel quadro del progetto Erasmus, per l'a. a. 1994/95, vi sono stati 72 studenti in uscita e 44 in entrata.

[Wanda Formigoni Candini]

## INDICE

|   |      |     |
|---|------|-----|
| In memoria del Prof. Carlo Gioffredi .....  | pag. | III |
| Opere del Prof. Carlo Gioffredi .....   | pag. | V   |
| P. BÉLIVEAU - A. BERNARDI - L. RUSSO: <i>Le garanzie costituzionali in materia penale: indagine comparatistica sui sistemi canadese e italiano (Parte II)</i> ..... | pag. | 1   |
| P. FABRIS: <i>Diritto o burocrazia del lavoro?</i> .....  | pag. | 153 |
| G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO: <i>Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte</i> .....        | pag. | 185 |
| P. FERRETTI: <i>Le liberalità d'uso e i comici latini (gratuità ed obbligatorietà nello scambio dei donativi)</i> .....   | pag. | 213 |
| Notiziario .....  | pag. | 237 |