Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI **(1997)**

CRISTIANA FIORAVANTI

LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DEI MINORI IN EUROPA(*)

Sommario

I. *L'interpretazione* ***dei diritti «umani»dei*** *minori* ***nella Convenzione di Strasburgo:*** 1. Estensione della protezione dei minori alla luce dell'art. **60** della Convenzione europea dei diritti umani. - 2. ***Segue*** L'art. ***31*** della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e il ricorso all'interpretazione sistematico-evolutiva. - **3.** Interpretazione delle disposizioni convenzionali ed orientamento degli organi di Strasburgo. - 4. L'interpretazione alla luce della Convenzione americana e della Carta africana: incidenza generale, agli stessi fini, delle norme sui diritti del minore. - 5. Effetti della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia anche rispetto a Stati non contraenti. - **6.** Primo confronto delle Convenzioni di New York ed europea sui diritti dell'uomo: istruzione ed educazione. - II. ***La giurisprudenza degli organi di Strasburgo. Lo*** standard ***di protezione dei diritti del minore nel confronto con la Convenzione di New York. Profili sostanziali:*** **7.** Considerazioni introduttive sui diritti dei minori nella prassi giudiziaria della Commissione dei diritti umani e della Corte. - **8.** Le singole ipotesi: **A)** L'interpretazione della nozione di trattamenti inumani e degradanti in relazione a casi riguardanti minori. - **9. B)** Le privazioni di libertà per fini educativi: il caso Bouamar. - **10.** ***Segue*** Le privazioni di libertà conseguenti all'esercizio della potestà parentale: il caso Nielsen. - **11.** C) Il rispetto della vita privata. - **12.** La vita familiare del minore. - **13.** La tutela dei minori in rapporto a diritti e/o situazioni di altri soggetti (vita privata della famiglia, divorzio o separazione dei genitori, affidamento ai servizi sociali). - 14. Istruzione ed educazione del minore nel rispetto del diritto del minore alle libere manifestazioni di pensiero, coscienza e religione. - **15.** Prospettive interpretative della Convenzione europea secondo la Convenzione di New York: la protezione della vita del minore. - III. ***Profili processuali. La tutela dei diritti del minore:*** **16.** Il diritto d'azione dei minori avanti agli organi di Strasburgo: *requête* del minore e rappresentanza dei genitori. - **17.** Rappresentanza dei genitori e esercizio del diritto di ricorso dei minori. - **18.** La rappresentanza avanti agli organi di Strasburgo del minore affidato ad un solo genitore o posto sotto tutela. - **19.** La tutela processuale del minore nei

---

(*) Questo scritto, del giugno **1996,** è destinato alla pubblicazione***Comunicazioni e studi,*** tuttora in corso di stampa.

procedimenti interni giurisdizionali: l'ispirazione degli organi di Strasburgo. - 20. L'esercizio dei diritti dei minori nei procedimenti familiari secondo il progetto di Convenzione elaborata dal Consiglio d'Europa.

I

1. – È noto che la Convenzione europea ammette la protezione di qualunque essere umano senza limite di età, anche di minori (1). È in questione solo se il sistema di garanzia della Convenzione sia utilizzabile per favorire la protezione dei minori anche secondo gli *standard* di accordi in materia più specifici (2): in primo luogo della Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia. E ancora, se in questa prospettiva possano ammettersi ricorsi di minori a tutela dei diritti umani contemplati dalla Conven-

---

(1) Sull'estensione al minore degli atti a tutela della persona e per una «rilettura» degli atti internazionali sui diritti umani dal punto di vista del minore, con particolare attenzione ai suoi diritti di libertà all'interno della famiglia, v. FORLATI, Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo, in L'autonomia dei minori tra famiglia e società, a cura di De Cristofaro e Belvedere, Milano, 1980, pp. 3-35. Ancora, ZANOBETTI PAGNETTI, Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti *del* fanciullo, in Riv. *trim.* dir e proc. civile, 1980, pp. 586-594; DELLA ROCCA, I diritti umani sul piano della famiglia e della gioventù, in Temi romana, 1984, p. 730 ss.; SAULLE, Le dichiarazioni internazionali a tutela dei minori e la Convenzione sui diritti del bambino, in Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino a cura di Badiali, Tomo I, Napoli, 1990, pp. 255-271, §§ 1-8 in particolare; ID., I diritti del minore nell'ordinamento internazionale, in La *Convenzione* dei diritti del minore e l'ordinamento italiano, Napoli, 1994, pp. 11-27; BEGHÈ LORETI (a cura di), La tutela internazionale dei diritti del fanciullo, Padova, 1995.

Sui possibili sviluppi nel quadro della Convenzione europea, ASSENSI0 BRUGIATELLI, Per una carta europea sui diritti del bambino, in Stato civile, I, 1980, p. 87 ss.; POCAR, Verso lo Statuto del minore, in I diritti dell'uomo, n. 2, 1992, p. 40.

(2) Si tratta, in altre parole, di recuperare una lettura delle disposizioni della Convenzione europea alla luce degli accordi internazionali sui diritti umani favorendo, per i diritti che la Convenzione europea contempla, l'utilizzazione pure di quelli a fini interpretativi della Convenzione stessa. Interpretazione che può definirsi d'insieme e che trova il suo fondamento anche nell'art. 60 della Convenzione europea e nei principi generali d'interpretazione come per la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (art. 31, commi 1 e 3 c in particolare). Per i metodi interpretativi compreso il sistematico «impliciti in ogni interpretazione del trattato alla luce del suo oggetto e del suo scopo come prescrive l'art. 31 della Convenzione di Vienna» v. GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, Diritto internazionale, Milano, 1991, p. 344 s., oltre a BARIATTI, L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto *uniforme,* Milano, 1986, l'intero cap. III. Sull'utilizzazione «combinata» ad opera della Corte europea dei diversi metodi interpretativi, v. la sentenza del caso Golder (in Rivista di diritto internazionale, 1976, p. 300 ss., par. 29 ss, in ispecie par. 35) insieme a BARSOTTI, Tendenze evolutive nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Rivista di diritto internazionale, 1976, pp. 268-290, spec. 278 ss.

zione europea come «interpretati» alla luce della Convenzione di New York owero secondo altre norme convenzionali che maggiormente favoriscano il minore (3). Ricorsi, dunque, dei minori anche nei confronti dei genitori (4) oltre che nei confronti di terzi secondo la Convenzione di New York. Questa, infatti, pur avendo elencato una serie di diritti «in buona parte già previsti da altri strumenti internazionali», li ha attribuiti specificatamente al minore in qualità di «titolare» dei diritti fondamentali (5) (in seguito all'adattamento dei diritti interni dei contraenti alla Convenzione). In altre parole, la Convenzione del 1989 opera in taluni casi (ad es., in tema d'istruzione) un mutamento radicale di prospettiva: da soggetto «sottoposto» alle scelte dei genitori, il minore è elevato a soggetto titolare di un diritto all'istruzione e all'educazione modellato, in *primis*, secondo le sue esigenze, nel rispetto della sua personalità e dei suoi talenti (6). Ora, ad es., in tale delicata materia, è da considerare l'integrazione (7) con tale disposizione

(3) Va segnalata fra le convenzioni successive alla Convenzione di New York la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei componenti le loro famiglie: cfr. BROWNLIE, Basic *Documents* on *Human* Rights, 3 ed., Oxford, 1992, pp. 203-240. Espressamente sul punto dell'utilizzazione delle norme formatesi successivamente al trattato da interpretare a condizione che tali norme «costituiscano l'ambiente degli Stati contraenti», BARIATTI, *L'interpretazione* delle convenzioni internazionali, cit., Milano, 1986, p. 202. A questa dimensione interpretativa dinamica, evolutiva che tiene conto di «tutte le norme di diritto internazionale generale e particolare che riguardano più o meno direttamente la materia del trattato in questione» (ibidem, p. 201) si è, per la verità, espressamente richiamata — come si vedrà — la giurisprudenza degli organi di Strasburgo (v., oltre, parr. 2 e 3).

(4) È un'ottica prospettata da FORLATI, L'autonomia, cit., p. 11 e p. 23 ss., oggi resa attuale dall'entrata in vigore della Convenzione sui diritti dell'infanzia; su tali questioni v. oltre II.

(5) Così POCAR, Verso uno Statuto, cit., p. 41. Cfr. FREEMAN, The Limits of *Children's* Rights, p. 29 ss., in FREEMAN, VEERMAN (eds.) The Ideologies of Children's Rights, Dordrecht-London-Boston, 1992. D'altro canto, anche nella Convenzione di New York si rinvengono apposite norme elaborate per tener conto di tutte le particolari esigenze del minore, allo scopo di garantire una protezione specifica di tali soggetti negli ordinamenti interni degli Stati contraenti, anche al di là dei diritti propri della persona umana in quanto tale: POCAR, Verso lo Statuto, cit., p. 40, LOPATKA, The Rights of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child, in The Ideologies, cit., p. 49; indi l'*Osservazione generale sull'art.* 2 del Patto sui diritti civili e politici, adottata dal Comitato dei diritti dell'uomo il 5 aprile 1989, in I diritti *dell'uomo*, 1992, p. 93, spec. § 3.2.

(6) Per una prima valutazione v. *infra* par. 6.

(7) L'interpretazione sistematica della Convenzione europea e dei suoi Protocolli addizionali (in particolare il Primo) è confermata dalla prassi giudiziaria: v. Eur. Court H.R., *Kjeldsen,* Busk Madsen and Pedersen case, Judgment of 7 December 1976, *Series A*, n. 23, par 52, ove la Corte, richiamandosi al noto caso sull'insegnamento linguistico in Belgio, precisa che «the provisions of the Convention and Protocol must be read as a whole» e giunge alla conclusione che «the two sentences of Article 2 must be read not only in the light of each other but also, in particular, of Articles 8, 9 and 10 of the Convention which proclaim the right of everyone, including parents and children, «to respect for his private and family life», to «freedom

della Convenzione di New York del Primo Protocollo della Convenzione dei diritti umani, all'art. 2, visti l'art. *60* di questa Convenzione e i generali canoni interpretativi del diritto internazionale.

Nell'ottica della dottrina tradizionale([8]), l'art. *60* assolve ad una funzione regolatrice in ordine alla preferenza da accordare eventualmente a disposizioni più favorevoli alla protezione degli uomini e delle donne in quanto tali (compresi i minori) in ciascun ordinamento interno, analogamente a quanto dispone l'art. 41 della Convenzione di New York: anche per tale Convenzione la prevalenza si ha espressamente per le norme di adattamento a trattati internazionali (antecedenti *o* successivi) che risultino «more conductive to the realization of the rights of the child» ([9]).

Ma l'art. *60* della Convenzione europea non pare limitarsi a disporre la prevalenza delle disposizioni «più favorevoli». Se esso prevede, per l'appunto, che nessuna delle sue <<disposizionipossa essere interpretata *(interprétée/construed)* in senso limitativo o pregiudizievole ai diritti dell'uomo che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da accordi internazionali cui le stesse parti contraenti partecipino))vuol dire che, da un lato, codesta disposizione esprime una precisa *connessione* fra la Convenzione europea e gli altri trattati (antecedenti

---

of thought, conscience and religion», and to «freedom...to receive and impart informations and ideas». In seguito la Corte nel 1989 ha ribadito la dimensione unitaria del sistema «Convenzione-Protocolli»nell'*Affaire* Soering (*Eur.* Court H.R., Soering case, Judgment of 7 July 1989, Series A, n. 161, par. 103) e nel 1993 nella sentenza del caso Costello Roberts (Eur. Court H.R., Costello-Roberts case, Judgment of 25 March 1993, Series A, n. 247, par. 27).

([8]) Si tratterebbe, infatti, di una clausola che, intendendo regolare i fenomeni di interferenza fra accordi, lascierebbe «impregiudicati gli accordi anteriori o successivi, stipulati da una delle parti con qualsiasi altro Stato, se ed in quanto riconoscano diritti dell'uomo e libertà fondamentali» garantendo, pertanto, la persistenza delle disposizioni più favorevoli (Cfr. CAPOTORTI, Interferenza fra la CEDU e altri accordi e loro riflessi negli ordinamenti interni, in Comunicazioni e studi, XII, 1966, p. 133); nel mentre, l'a. precisa che quando tra due accordi «interferenti»vi siano «accanto alle somiglianze numerose differenze, soprattutto nella formulazione delle regole e nella loro ampiezza...nessuna di queste interferenze comporta ...una modifica delle norme della Convenzione (europea)» (*ibidem,* p. 138).

In questa stessa dimensione si colloca, del resto, anche l'opinione di chi vede nell'art. 60 un preciso indizio del «carattere sussidiario» della Convenzione europea, riconoscendogli la funzione di «interpretare la Convenzione in modo così restrittivo da far ostacolo all'applicazione di più estesi diritti e libertà previsti vuoi da altre disposizioni di diritto interno che dal diritto internazionale di origine pattizia» (così, de SALVIA, Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione, sussidiarietà?, in Rivista internazionale dei diritti *dell'uo*mo, n, 1, 1994, p. 30 spec.).

([9]) Sull'incidenza, agli stessi fini, delle norme consuetudinarie, oltre che delle pattizie v. il dibattito emerso in sede di lavori preparatori: cfr. DETRICK, The United Nations Convention on the Rights of the Child, Dordrecht-Boston-London, 1992, pp. 521-523.

ma anche successivi) in materia di diritti umani([10]); dall'altro, che questi altri trattati andrebbero richiamati nel contesto convenzionale europeo quando sia possibile arrivare ad una «combinazione...in concorso fra loro»([11]). E questo sembra, invero, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'*Affaire* Ekbatani([12]) e, più di recente, nell'*Affaire* Burghartz([13]).

In tal caso, a proposito del rapporto esistente fra la Convenzione europea e i suoi Protocolli addizionali, la Corte, nel ribadire che gli articoli dei Protocolli son da considerarsi sempre «addizionali» per l'appunto alle norme della Convenzione([14]), ha precisato che queste ultime devono ritenersi applicabili in combinato disposto ai Protocolli proprio alla luce dell'art. 60 della Convenzione. In questa prospettiva, la Corte è giunta alla conclusione che «the Protocol cannot be interpreted as prejudicing the rights guaranted in the Convention»([15]) nel senso, cioè, di una lettura sistematica delle norme internazionali a protezione dei diritti umani, sia del Protocollo che della Convenzione europea e delle altre richiamate, come la Convenzione di New York. Si tratta del resto di un orientamento che trova conferma nella Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze elaborata in seno al

---

([10]) Cfr. DE MEYER, Brèves réflections à propos de *l'article* 60 de *la Convention* européenne des Droits de *l'Homme,* in Protecting *Human* Rights: *The European Dimension,* Studies in honour of Wiarda edited by Matscher and *Petzold,* Koln, 1988, pp. 125 ss, in ispecie p. 129 «ces autres sources peuvent aider la Commission et la Cour à definir des droits qui, à défaut d'être explicitement reconnus, comme tels, dans la Convention, doivent être considérés comme y étant implicitement reconnus, en tant qu'"éléments", "aspects" ou "prolongements» de droits qu'elle reconnait explicitement». Sulla questione della rilevanza, a fini interpretativi dell'art. 8.1 della Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate, v. Application n. 23241/94, *Ismail Hacisüleymanoglu* v. *Italy,* Decisions and Reports 79/A, 1994, pp. 121 ss: nel caso di specie, la Commissione ha peraltro ritenuto di escludere l'incidenza della Convenzione sul trasferimento esclusivamente sulla base della considerazione che tale convenzione «ne prévoit aucun droit pour l'intéressé à être transféré dans son pays d'origine, pareil transfèrement étant soumis à l'accord préalable de l'Etat de condamnation», ma non già perche irrilevante ai fini dell'interpretazione dell'art. 8.1 della Convenzione europea.

([11]) V. lo Studio introduttivo di CAPOTORTI in Convenzione di Vienna *sul* diritto dei trattati, a cura della SIOI, Padova, 1984, p. 34.

([12]) Eur. Court H.R., Ekbatani case, Judgment of *26* May *1988,* Series A, n. 134, pp. 6-16.

([13]) Eur. Court H.R., Burghartz case, Judgment of 22 *February* 1994, Series A, n. 280, par. 23 «The Court pointed out that under Article 7 of Protocol n. 7, Article 5 was to be regarded as an addition to the Convention, including Article 8 and 60. Consequently, it could not replace Article 8 or reduce its scope.». Sui riflessi della sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano, v. le osservazioni di JAYME, Cognome e protezione dell'identità della persona, in Rivista di diritto civile, 1994,, pp. 853-862, spec. p. 855.

([14]) V. ancora supra, nota 7.

([15]) Ekbatani case, cit., p. 13.

Consiglio d'Europa ([16]). Nello stabilire il rapporto esistente tra questa Convenzione e la Convenzione europea, l'art. 23 prevede, infatti, che «the rights and freedoms flowing from the principles enshrined in the present framework Convention, in so far as they are subject of a corresponding provision in the Convention for the Protection of Human Rights...or in the Protocols thereto, shall be understood as to conform to the latter provisions». Conseguentemente — il Rapporto esplicativo lo conferma — se la funzione dell'art. 23 è, appunto, quella di regolare il rapporto con la Convenzione europea in maniera tale per cui «under no circumstances can the framework Convention modify the rights and freedoms safeguarded in the European Convention», sarebbe in gioco la lettura sistematica anche nel rapporto tra la Convenzione europea (con i suoi Protocolli) e le Convenzioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa che ad essa espressamente si richiamino.

Per la verità, secondo un certo orientamento, la combinazione fra l'insieme degli accordi in materia di diritti umani (a prescindere, cioè, dalle ipotesi appena esaminate) consisterebbe addirittura in ciò: che ogni «progrès des droits de l'homme serait automatiquement intégré dans la Convention et ses organes en deviendraient les garants» ([17]) con la conseguenza che l'interpretazione sistematica dei trattati internazionali in materia di diritti umani non escluderebbe neppure il possibile ricorso all'analogia interpretativa ([18]).

([16]) *Framework* Convention for the Protection of National Minorities and *Explanatory* Report, Council of Europe, Strasbourg, *November* 1994, Doc. H(94)10; v., insieme, The Council of *Europe's Framework* Convention for the Protection of *National* Minorities, with an Introduction by Klebes, in *Human* Rights Law Journal, vol. 16, 1995, pp. 92 ss.

([17]) Si vedano Une tache pour les vingt-cinq prochaines années de *la* Convention Européenne des Droits de *l'Homme:* donner un sens à l'article 60 de *la* Convention, Editorial, Revue des droits de *l'homme,* vol. VII, 1975, p. 325. e, in questa stessa prospettiva, SORENSEN, I diritti iscritti nella Convenzione dei diritti *dell'uomo* nel 1950 hanno lo stesso significato nel *1975?,* in Rivista di diritto europeo, 1975, pp. 267-300, spec. p. 277 ss. Secondo l'a., *ibidem,* p. 277 è «...normale che i progressi realizzati in seno alle istituzioni od organismi specializzati a vocazione universale abbiano ripercussioni sull'applicazione e l'interpretazione della Convenzione europea, particolarmente a proposito delle materie in cui le sue disposizioni sono le stesse di altri testi internazionali».

([18]) Sul rapporto tra analogia e interpretazione CAIANI, Analogia, Enciclopedia del diritto, II, 1958, pp. 348-378; v., insieme, PARESCE, Interpretazione, Enciclopedia *del* diritto, XXII, 1972, p. 152. Sull'interpretazione nel diritto internazionale la bibliografia è vastissima; per i fini del presente studio si vedano i contributi di ROUSSEAU, Droit *international* public, I, Paris, 1970, p. 266 ss, specie per il ricorso all'analogia nel rapporto con l'interpretazione sistematica (par. 244); e BENTIVOGLIO, Interpretazione delle norme internazionali, in Enciclopedia del diritto, XXII, 1972, p. 310 ss., p. 320 in ispecie per una ricostruzione funzionale dell'interpretazione nel diritto internazionale quale «ricerca della ratio normativa del trattato nel suo insieme e nel quadro complessivo dell'ordinamento internazionale».

Ma non si tratterebbe dello spazio lasciato ad un eventuale procedimento analogico nel senso dell'analogia *iuris* onde estendere le disposizioni di un trattato che regoli espressamente oggetti determinati ad altri oggetti *non regolati* ma che presentino, con i precedenti, caratteri *più simili* che *dissimili* ove si risalga alla *ratio* delle norme alla luce dei principi generali del sistema. Semmai, nell'ottica di più trattati internazionali in cui si diano oggetti regolati da varie disposizioni fra i *medesimi contraenti* nella stessa materia (19), soccorre l'analogia *legis* nel senso che le disposizioni nella materia data per gli oggetti simili si estendono da trattato a trattato. È la dimensione in cui sarebbe pertanto ragionevole che al minore, quando esprima coscienza e pensiero diversi da quelli dei genitori secondo il loro diritto all'istruzione ex art. 2 del Primo Protocollo, si estendano i principi della libertà dei minori in quanto tali secondo la Convenzione di New York. Ciò che del resto, è ora riconosciuto anche dalla Corte europea quando, dopo aver precisato che «as was pointed out by the applicant, the State has an obligation to secure to children their right to education under Article 2 of Protocol No.1» (20), si riferisce, d'altro canto, alla Convenzione di New York per la ricostruzione «of the right of the child to education». E, più di recente, la Corte europea nell'interpretare l'art. 8 della Convenzione europea, si è riferita all'art. 7 della stessa Convenzione per affermare il diritto del minore ad essere allevato e accudito dai propri genitori (21).

2. – La considerazione che l'art. *60* della Convenzione europea implica un riferimento alle altre convenzioni per la stessa materia, oltre a costituire l'oggetto di un preciso obbligo delle parti in sede interpretativa, corrisponde a un generale principio della interpretazione sistematica recepito anche dall'art. 31, commi 1 e 3 c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Secondo tale disposizione, tutti i trattati vanno interpretati «in good faith...and in the light of its object and purpose», tenendo conto nel contempo di «any relevant rules of international law applicable in the rela-

---

(19) In quest'ottica l'analogia è ammessa anche dal QUADRI, Diritto internazionale pubblico, 3 ed., Palermo, 1960, pp. 191-195. Per l'a. si pone semmai un problema per i casi in cui si intenda fare «ricorso a fonti affini aventi una diversa sfera di efficacia, ma aventi per oggetto problemi simili o identici», dunque nei casi in cui non vi sia identità di contraenti (su questi temi v. comunque oltre, par. 5). In tali casi, non sarebbe infatti in gioco per il Quadri il procedimento analogico poichè «gli altri Trattati non vengono in rilievo come applicabili per analogia, ma solo come mezzi per l'interpretazione della norma da applicare».

(20) Cfr. *Eur.* Court H.R., Costello-Roberts case, cit., par. 27.

(21) Cfr. *Eur.* Court H.R., Keegan case, Judgment of 26 May 1994, Series *A*, n. 290, par. 50.

tions between the parties» (22). E anche per la dottrina, il riferimento dell'art. 31, lett. c, alle «regole pertinenti» corrisponde proprio all'esigenza di «armonizzare le norme di un singolo trattato con tutta la restante disciplina del settore e con ogni regola che possa incidere nel medesimo ambito» (23). Così pure attraverso l'art. 60 della Convenzione europea sembra che vadano, per l'appunto, richiamate le «regole pertinenti» di cui occorre sempre tener conto nell'interpretare la Convenzione e i suoi Protocolli.

Del resto, all'interpretazione sistematica si è richiamata pure la Corte internazionale di giustizia quando ha ritenuto che, alla stregua del criterio interpretativo espresso dall'art. 31, n. 3 lett. c, della Convenzione di Vienna, fra i medesimi contraenti, «ogni strumento internazionale deve essere interpretato e applicato nel quadro d'insieme del sistema giuridico in vigore al momento in cui ha luogo l'interpretazione. (24). E ancor più in generale rimane sempre il procedimento analogico, come per la Corte Permanente Internazionale di Giustizia nel caso *Wimbledon* quando si era awalsa dell'interpretazione sistematica per ricostruire — lo ricorda il Quadri(25) — «gli obblighi di neutralità con riferimento al canale di Kiel» ricorrendo ai «Trattati relativi al regime giuridico internazionale dei Canali di Suez e di Panama».

Quanto infine alla Convenzione europea, è la stessa Corte dei diritti umani a inquadrare la Convenzione, anche a prescindere da un riferimento esplicito all'art. 60, in codesto ordine di idee quando le riconosce mature d'instrument vivant» (26). E così si oppone a un'interpretazione delle norme convenzionali necessariamente vincolata ad atti (o accordi) preesistenti al-

---

(22) Sulla rilevanza dei principi generali d'interpretazione dei trattati nel quadro della Convenzione europea, ancora SORENSEN, I diritti iscritti, cit., pp. 271-273. Sull'incidenza di tali principi anche nell'interpretazione del sistema giuridico comunitario PIETROBON, *L'interpretazione* della nozione comunitaria di *filiale,* Padova, 1991, specialmente p. 38 ss.

(23) Si vedano CAPOTORTI, Convenzione di Vienna, cit., p. 37 e BARIATTI, L'interpretazione, cit., p. 201 ss.

(24) Si tratta del parere consultivo della Corte Internazionale di Giustizia del 21 giugno 1971 in C.I.J. Recueil, 1971, p. 31, menzionato anche in GIULIANO, SCOVAZZI e TREVES, Diritto internazionale, cit., pp. 347-348. A questo stesso precedente, e sempre ai fini di un'interpretazione sistematico-evolutiva dei trattati internazionali, si è richiamata la Corte americana dei diritti umani (v. *infra,* par. 4) *Inter-American* Court of *Human* Rights, *Advisory* Opinion of July 14, 1989, No. OC-10/89, in *Human* Rights *Law* Journal, 1990, pp. 119 ss., par. 37 in ispecie al fine di precisare che « it is appropriate to look to the inter-American system of today in the light of the evolution it has undergone since the adoption of the Declaration, rather than to examine the normative value and significance which that instrument was believed to have had in 1948». Sulla competenza della Corte americana cfr. BUERGENTHAL, The *Inter-American* Court of *Human* Rights, AJIL, 1982, pp. 231-245.

(25) Diritto internazionale pubblico, cit., pp. 194 e s.

(26) V. oltre par. 3.

la Convenzione per lasciare spazio ad un'interpretazione in senso evolutivo dei diritti e delle garanzie che la Convenzione europea dei diritti umani contempla([27]).

In ultima analisi, i criteri interpretativi del diritto internazionale applicabili alla Convenzione europea, come ad ogni altro trattato, non solo non ostano a un'interpretazione sistematica e in senso evolutivo dei diritti in essa consacrati, ma rinforzano il tenore dell'art. 60, sicchè — come ha precisato la Corte europea di Strasburgo — «any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with the genera1 spirit of the Convention, an instrument designed to mantain and promote the ideals and values of a democratic society» ([28]).

3. – Nel quadro interpretativo considerato, si colloca l'opinione del governo dei Paesi Bassi nel caso *Glimmerveen et Hagenbeek* per cui «in the light of Art. 60» della Convenzione europea dei diritti umani anche gli obblighi internazionalmente assunti «under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, to which the Netherlands acceded in 1971» andrebbero considerati dalla Commissione

([27]) All'interpretazione evolutiva la Corte è sovente ricorsa, come sottolinea BROWNLIE, Principles of Public International Law, 4 ed., Oxford, 1990, p. 632 «The work of the European Court of Human Rights has involved a tendency to an effective and «evolutionary» approach in applying the European Convention on Human Rights». In giurisprudenza cfr., da ultimo, Eur. Court H.R., *Burghartz* case, cit., secondo cui, per la Corte, la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle condizioni attuali e in particolare alla luce dell'importanza attribuita al principio di non discriminazione; in passato, v., ad es., i casi Tyrer, Eur. Court H. R., Judgment of 24 *April* 1978, Series A, n. 26; Airey, Eur. Court H.R., Judgment of 9 October 1979, Series A, n. 32, *Markx,* Eur. Court H.R., Judgment *of* 13 *June* 1979, Series A, n. 31, *Inze, Eur.* Court H.R., Judgment of 28 October 1987, Series A, n. 126, e Johnston, Judgment of 18 *December* 1986, *Series* A, n. 112, particolarmente rilevante là dove la Corte, dopo aver ribadito che «the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions», ha comunque precisato che «it held that it could not by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset» specialmente se, come nel caso in esame, «the omission was deliberate». Considerazioni critiche sul ricorso all'interpretazione evolutiva con specifico riguardo all'art. 8 della Convenzione sono state espresse dal giudice Morenilla nell'*Affaire Kroon* and others, Eur. Court H.R., Judgment of 27 October 1994, *Series* A, n. 297-C: «This principle of «evolutive and creative» interpretation ...which allows the Convention to be adapted to the changing circumstances of our democratic societies, thus making it «a living instrument» means however that in practice the Court is confronted with a difficult dilemma: that of guarding against the risk of exceeding its given judicial role of interpretation by overrulling policy decisions taken by elected, representative bodies who have the main responsibility in democratic societies for enacting important legislative changes, whilst not abdicating its own responsibility of independent review of governmental action».

([28]) *Eur. Court.* H.R Soeving case, cit., par. 87.

di Strasburgo. Secondo il governo olandese, infatti, il consentire ai ricorrenti «to proclaim freely and without penalty their ideas» avrebbe favorito una «discrimination prohibited by the provision of the European Convention...and the above Convention of New York of 1965». La Commissione, d'altra parte, nulla ha eccepito in contrario anche se ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso in base all'art. 17 della Convenzione europea, avendo ritenuto che ai ricorrenti non potessero «by reason of the provision of Art. 17» richiamarsi all'art. 10 della Convenzione (29).

Alla medesima Convenzione del 1965, oltre che ad altri atti internazionali, si è richiamato anche il governo danese sostenendo, davanti alla Corte europea, che l'art. 10 della Convenzione europea «should not be interpreted in such a way as to limit, derogate from or destroy the right to protection against racial discrimination under the UN Convention» (30). La Corte europea, dal canto suo, nell'interpretare l'art. 10 della Convenzione, ha affermato che l'avrebbe fatto «bearing in mind the obligations on States under the UN Conventions and other international instruments to take effective measures to eliminate all forms of racial discrimination and to prevent and combat racist doctrines» e ha precisato che, comunque, l'interpretazione dell'art. 10 sarebbe risultata compatible with Denmark's obligations under the UN Convention» (31). E tale ricorso all'interpretazione sistematica trova conferma nell'opinione separata dei giudici Golcuklu, Russo e Valticos là dove si afferma che la citata Convenzione delle NU «must also guide the European Court of Hurnan Rights in its decisions, in particular as regards the scope it confers on the terms of the European Convention and on the exceptions which the Convention lays down in general terms» (32).

Anche in passato non sono mancati casi in cui la Commissione e la Corte, per fini ricostruttivi vuoi del diritto tutelato vuoi delle espressioni che la Convenzione europea utilizza, hanno ritenuto opportuno rifarsi al disposto di diversi e distinti accordi internazionali. Nel caso Soering (33), la sentenza della Corte nell'interpretare l'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani, ha operato un espresso riferimento a quella delle Nazioni Unite del 1984 e nell'*Affaire* Groppera Radio *AG* (34) sempre agli stessi fini la Corte si è richiamata al Patto internazionale delle N.U. sui diritti civili e politici.

---

(29) **Cfr.** ***Applications*** **n.** ***8348178 & 8406178, J. Glimmerveen*** **and** ***J. Hagenbeek*** **v.** ***the Netherlands, Decision*** *of* 11 ***October*** 1989, ***Decisions and Reports,*** **n.** 18, 1980, **pp.** 187 **ss p.** 196 **in ispecie.**

(30) ***Eur. Court H.R., Case*** *of* ***Jersild*** **v.** *Denmark,* ***Judgment*** *of* ***23*** *September* 1994, ***Series A,*** n. 289, **par.** 27.

(31) ***Ibidem,*** **parr.** 30 **e** 31.

(32) ***Ibidem.***

(33) **Cfr.** ***Eur. Court H.R., Soering case, cit.,*** **parr.** 87-88.

(34) **V.** *Eur. Court* ***H.R., Case of Groppera Radio AG and others, Judgment*** *of* ***28 March 1990, Series A,*** **n.** 173, **par.** 61.

Un orientamento, d'altro canto, già manifestato negli affari riguardanti il Sindacato nazionale della polizia belga (35) e il Sindacato svedese dei macchinisti di locomotive (36), quando per l'interpretazione dell'art. 11 della Convenzione europea la Corte aveva preso in considerazione l' art. 6 della Carta sociale del 1961. In questa dimensione era pertanto giustificato che al Patto cui diritti civili e politici (in particolare al suo art. 17 che vieta «unlawful attacks on honour and reputation» si riferisse il ricorrente nella *requête* n. 7729176 per sostenere che «the applicant's honour and reputation have been severely attacked ....and that such attacks are in breach of Art. 8.1 of the European Convention» (37). Nella ricostruzione dei limiti ai diritti riconosciuti dalla Convenzione (art. 8) in tema di adozione, la Commissione si è poi riferita alla Convenzione europea di Strasburgo sull'adozione dei minori, visto che questo trattato stabilisce — secondo la Commissione — «des principes communs aux Etats membres du Conseil de l'Europe» (38). A un'altra convenzione di Strasburgo, del 1975 sulla condizione giuridica dei figli nati fuori dal matrimonio, si è poi richiamata la Corte nel caso *Inze* per trarne il convincimento che l'interpretazione dell' art. 14 della Convenzione europea in combinato disposto con l'art. 1 del primo Protocollo andava operata alla luce del principio dell'equiparazione tra figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio, conformemente al principio accolto nella Convenzione del 1975 (39). E ancora a convenzioni e a diversi atti internazionali s'è fatto ricorso per l'interpretazione delle espressioni che la Convenzione europea utilizza già nel caso *Iversen* del 1962 quando la Commissione, dopo aver precisato che «the concept of compulsory or forced labour cannot be understood solely in terms of the literal meaning of the words», s'è richiamata allo «international law and practice as evidenced in part by the provisions and application of ILO Conventions and Resolutions on Forced Labour» (40). Quanto alla Corte, nel caso *Van der Mussele* del 1983 «à la lumière des Conventions de l'OIT» ha interpretato l'espressione «forced or compulsory labour» non mancando, fra l'altro, di precisare che le definizioni contenute in convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro «can provide a starting-point for interpretation of Art. 4 of the European Convention» dal momento che «sight should not be lost of

(35) Cfr. Rivista di diritto internazionale, 1976, p. 318, in ispecie il par. 38 della sentenza.

(36) Cfr. Rivista di diritto *internazionale,* 1976, p. 324 in ispecie il par. 39.

(37) Applications n. 7729176, P.B.F. Agee v. United *Kingdom,* Decision of 17 *December 1976,* Decisions and Reports, n. 7, p. 164-176 (in part. , p. 170).

(38) Application n. 7626176, X. v. United *Kingdom,* Decision of 11 July 1977, Decision and Reports, n. 11, pp. 160-164.

(39) Cfr. Eur. *Court* H.R., *Inze* case, cit.; e un analogo riferimento lo si rinviene pure nella sentenza del caso *Marckx,* cit., p. 19.

(40) Cfr. Annuario della Convenzione europea dei diritti *dell'uomo,* vol. *6,* 1963, specialmente p. 107.

that Convention's special features or of the fact that it is a living instrument» ([41]). Ora, se si riconosce alla Convenzione europea «nature d'instrument vivant», si comprende ancor meglio come, a fini interpretativi sempre alla luce dell'art. 60, non si debba neppure esitare a tener conto di convenzioni internazionali *anche successive* alla Convenzione europea.

Decisiva infine nella materia dei diritti dell'infanzia e della ricostruzione sistematica dei diritti dei minori è la sentenza del caso *Costello-Roberts* quando, per provare che «a school's disciplinary system falls within the ambit of the right to education» la Corte di Strasburgo si è riferita alla Convenzione sui diritti del minore il cui art. 28, par. 2, «in the context of the right of the child to education» dispone che gli Stati parte «shall take all appropiate measures to ensure that school discipline is administrated in a manner consistent with the child's human dignity» ([42]). In questo contesto, il riferimento alla Convenzione di New York ha dunque consentito alla Corte di precisare meglio la «consistenza» del diritto all'istruzione contemplato nella Convenzione europea dei diritti umani al fine di rilevare «the responsibility of the United Kingdom» nel quadro della Convenzione europea. E un accenno alla Convenzione di New York, per fini interpretativi dell'art. 8 della Convenzione europea, lo si rinviene pure nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pettiti e condivisa dai giudici Matscher e Russo nel caso *Olsson* 2: per trarne il convincimento che la Convenzione di New York «stresses the importance of parent-child relations» e per dolersi del fatto che «reference was not made to the United Nations Convention on the Rights of the Child so as to permit the intervention of the children assisted by their lawyers, who could have played a useful role as mediators» ([43]). Riferimento che, ancora nel contesto del rispetto della vita familiare, non è invece mancato nella sentenza del caso *Keegan,* là dove la Corte si è richiamata al diritto del minore ad essere accudito e allevato dai propri genitori secondo l'art. 7 della Convenzione di New York ([44]).

In ultima analisi, quell'interpretazione sistematica che si presenta come «evolutiva» nell'esaltare il carattere «vivente» della Convenzione europea favorendo, ad es., il richiamo alla Convenzione sui diritti del minore, viene tanto più ad esplicare una funzione decisiva. Lo si vedrà non solo nei casi in cui sorga questione della pretesa violazione del diritto di un minore rappresentato processualmente dai genitori ma altresì nei casi in cui il genitore — sia pure con effetti diversi — assuma la violazione contemporaneamente nei prppri confronti per lo stesso o per altro diritto; più in gene-

([41]) *Eur. Court* H.R., Van der *Mussele* case, *Judgment* of 23 *November* 1983, Series A, n. **70, par. 32 in ispecie.**

([42]) *Affaire Costello-Roberts,* cit., **par. 27.**

([43]) *Eur. Court* H.R., *Olsoon* Case (No. **2),** *Judgment* of 27 *November 1992,* Series A, n. **250,** 46.

([44]) Keegan case, cit., **par. 50.**

rale, nelle ipotesi in cui siano in gioco diritti e interessi altrui. E salva sempre, lo si vedrà, per il minore la possibilità di ricorso agli organi di Strasburgo a prescindere dalla rappresentanza processuale dei genitori, allorchè sia necessario affermare un diritto suo proprio.

4. – A significare, infine, l'importanza su scala mondiale di un'interpretazione sistematica dei trattati sui diritti umani, non sembra fuori luogo menzionare l'art. 29 della Convenzione americana per tali diritti (45) laddove una disposizione sostanzialmente analoga all'art. 60 della Convenzione europea, è rubricata sotto il titolo «norme d'interpretazione)) (46). Del resto, già nel 1982, la Corte americana aveva precisato che l'art. 29 «contains rules governing the interpretation of the Convention, and which clearly indicates an intention not to restrict the protections of human rights to determinations that depend on the source of the obligations» (47). E in quest'ottica si è poi mossa la Corte quando, nel ricostruire il significato di talune disposizioni della Convenzione americana, si è richiamata all'art. 3 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (48).

Anche decisiva sul punto della rilevanza dell'interpretazione sistematica della Convenzione americana è l'opinione separata del giudice Piza Escalante nell'*Advisory* Opinion della Corte del 19 gennaio 1984, quando precisa che la Convenzione di Vienna e l'art. 29 della Convenzione americana

---

(45) L'art. 29, lett. b) e d) prevede infatti che nessuna disposizione convenzionale possa essere interpretata nel senso di «b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad...reconocido de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados» e «d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza» (v. VITTA e GREMENTIERI, Codice degli atti internazionali sui diritti *dell'uomo,* Milano, 1981, p. 1039). In particolare, sull'art. in esame v. GROS ESPIELL, Le *système interamericain comme régime* regional de protection internationale des droits de l'homme, Rdc, vol. 145, 1975, II, pp. 1-55, in ispecie p. 42 ove l'a. attribuisce per l'appunto all'art. 29 la funzione di «empêcher une herméneutique restrictive ou limitative».In generale, sul sistema americano di protezione dei diritti umani, cfr. CANÇADO TRINDADE, The Evolution *of* the OAS *System* of Human Rights *Protection:an* Appraisal, GYIL, 1982, p. 498.

(46) Sul significato della rubricazione V. CRISAFULLI, A proposito *del* titolo delle leggi, in Stato e diritto, 1941. Il Protocollo n. 11 alla Convenzione europea (in Human Rights *Law* Journal, vol. 15, 1994, pp. 86 ss.) ha rubricato, all'art. 53, l'attuale art. 60, riproducendone il contenuto in Appendice «Headings of Articles to be inserted into the text of the Convention and its Protocols» sotto il titolo «Safeguard for existing human rights». Cfr. CARRILLO-SALCEDO, Vers la *réforme du mécanisme* de *contrôle institué* par la Convention européenne des droits de l'homme, Revue générale de droit international public, 1993, pp. 629-643.

(47) Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion of September 24, *1982,* No. OC-1/82, Human Rights Law Journal, 1982, pp. 141 ss, in particolare, par. 41.

(48) Cfr. *Inter-American* Court of Human Rights, Advisory Opinion *of* January 30, 1987, No. *OC-8/87,* in ispecie par. 20 in Human Rights Law Journal, 1988, pp. 94 ss.

«point to the need to interpret and integrate each standard of the Convention by utilizing the adjacent, underlying or overlying principles in other international instruments...all of which are to some degree included in the Convention itself by virtue of Art. 29», con la conseguenza che l'interpretazione delle disposizioni convenzionali dovrà pertanto essere condotta tenendo conto «not only the meaning and scope of the very standards interpreted in their literal text, but also their potential for growth» alla luce, per l'appunto, di una lettura sistematica degli «other international instruments on the subject» ([49]).

All'interpretazione sistematica per cui «the rules of a treaty or a convention must be interpreted in relation with the provisions that appear in other treaties that cover the same subject» si è richiamata anche la Corte americana ([50]) allorchè ha precisato che il ricorso ad altre convenzioni internazionali poteva valere a «stress certain aspects concerning the manner in which a certain rights has been formulated», però con un limite: l'approccio sistematico non poteva risolversi in un'interpretazione restrittiva della Convenzione americana alla luce di restrizioni che eventualmente si rinvengano negli accordi utilizzati a fini interpretativi. E agli stessi fini la precisazione dell'art. 18 della Carta africana suona nel senso che l'applicazione delle sue disposizioni non può prescindere dalle disposizioni di altre dichiarazioni e convenzioni fra gli Stati contraenti ([51]). A ben vedere, per la Carta africana il collegamento con altri atti internazionali a tutela dei diritti umani, in particolare con la Convenzione di New York opera addirittura espressamente in due direzioni: per i fini dell'art. 18, anzitutto, per cui «l'Etat a le devoir...d'assurer la protection des droits...de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales»; oltre che in funzione interpretativa, come nel sistema europeo e americano. È quanto, per l'appunto, dispone l'art. 60 della Carta africana per cui la Commissione, nel quadro della funzione interpretativa che la Carta le assegna all'art.

([49]) *Inter-American* Court of *Human* Rights, *Advisory* Opinion of *January* 19, 1984, No. OC-4/84, Separate Opinion of Judge Rodolfo E. *Piza* Escalante, parr. 2 e 3 in particolare, in *Human* Rights Law *Journal,* 1984, pp. 178 ss.

([50]) cfr. *Inter-American* Court of *Human* Rights, *Advisory* Opinion of *November* 13, 1985, No. *OC-5/85,* par. 51 in particolare, in *Human* Rights Law *Journal,* 1986, pp. 74 ss.

([51]) Cfr. PALMIERI, La Charte africaine des droits de *l'homme* et des *peuples,* Padova, 1990, pp. 131-151; inoltre vedi, UMOZURIKE, The African Charter on Hu*man* and *Peoples'* Rights, in AJIL, 1983, pp. 902-912, in ispecie p. 912 là dove precisa che l'art. 60 «directs the Commission to draw inspiration from the UN and OUA Charters...and from other human rights instruments. It may be that the Commission, in keeping with this provision, will develop beyond the narrow confines set by the present African Governments»; BELLO, The African Charter on *Human* and *Peoples'* Rights. A Legal Analysis, Rdc, 1985, V, t.194, pp. 21-268 e, per un'ampia e aggiornata bibliografia cfr. KODJO, The African Charter on *Human* and Peo*ples'* Rights, *Human* Rights Law *Journal,* 1990, pp. 271.

45.3 ([52]), «*s'inspire*» finanche alla Dichiarazione Universale e alle <<dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme» ([53]).

Ebbene, anche rispetto a tali accordi — con un'incidenza ancor maggiore se si considera che la Convenzione americana contempla pure diritti non previsti nella Convenzione europea — si pone soprattutto un problema di coordinamento con la Convenzione di New York sui diritti del minore di cui siano contraenti gli Stati che son parte anche della Convenzione americana ([54]). E lo stesso deve dirsi, per lo più, degli Stati contraenti della Carta africana: tra questi, infatti, alcuni soltanto non hanno ancora ratificato la Convenzione sui diritti del minore ([55]).

5. – La riflessione giurisprudenziale degli organi di Strasburgo che, muovendo dalle posizioni enunciate, porta a un'interpretazione della Convenzione europea alla luce della Convenzione di New York in tutt'i casi in cui siano coinvolti minori — pur a diverso titolo e con sfumature diverse — parrebbe, tuttavia, trovare un limite per gli Stati non contraenti della seconda Convenzione ([56]). Per di più, il limite derivante dalle sfere subiettive di efficacia non coincidenti parrebbe insuperabile dal momento che la Convenzione europea — come, del resto, la Convenzione americana e la Carta africana — fa riferimento, all'art. 60, agli accordi internazionali di cui gli stessi Stati contraenti siano parti. I1 dato testuale finirebbe, in altre parole, per escludere che le disposizioni della Convenzione di New York possano essere utilizzate anche nei rapporti con Stati per i quali tale Convenzione non sia ancora in vigore, o mai lo sarà. Del resto, anche l'art. 31 n. 3, lett. c della Convenzione di Vienna contiene il riferimento a «toute règle pertinente de droit international» purchè «applicable dans les relations entre les parties».

([52]) Ai sensi dell'art. 45.3 della Carta africana la Commissione ha infatti il compito di «interpréter toute disposition de la présente Charte à la demande d'un Etat partie, d'une institution de l'OUA ou d'une Organisation Africaine reconnue par l'OUA». In generale sui poteri della Commissione v. BENEDECK, The *Judiciary* and Human *Rights* in Africa, in Human Rights Law Journal, 1990, pp. 247 ss, in ispecie p. 250. Sull'attività della Commissione cfr. i Rapporti in Human Rights Law *Journal,* 1988, 1989, 1990, 1991.

([53]) Come, ad es., non appena in vigore, l'*African* Charter on the *rights* and welfare of the child del 1990: cfr., per lo stato delle ratifiche, l'*Human* Rights Law *Journal,* vol. 15, n. 1-2, 1994, p. 62.

([54]) Cfr. lo stato delle ratifiche in *International* Human Rights *Instruments, Human* Rights Law *Journal,* 1994, p. 57. Haiti, il solo Stato parte della Convenzione americana a non aver ancora ratificato la Convenzione di New York, ha depositato lo strumento di ratifica 18 giugno 1995 (cfr. International Lega2 Materials, 1995, p. 1711).

([55]) Ibidem; non hanno ancora ratificato la Convenzione di New York Gabon, Mozambico, Saharawi e Somalia.

([56]) *Ibidem*; Liechthenstein, Lussemburgo e Svizzera, non hanno ancora ratificato la Convenzione di New York.

Eppure, codesta conclusione non trova una decisa conferma nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo; e si propone, anzi, una diversa valutazione già sperimentata nel quadro del diritto comunitario. Secondo tale orientamento l'interpretazione sistematica dello stesso Trattato Cee alla luce delle norme di convenzioni comunitarie cui partecipi solo un numero limitato di Stati membri non sarebbe da respingere a priori — per il solo fatto, cioè, della non coincidente sfera subiettiva di efficacia — essendo «generalmenteammesso nel diritto internazionale dei trattati multilaterali» che le parti ancorchè diverse «siano tra loro legate da obblighi reciproci di contenuto parzialmente differente» come per effetto dell'operare del meccanismo delle riserve (57), ma per il resto concorrenti ove non abbiano espresso una volontà contraria.

Al riguardo va detto che quando la Corte di Strasburgo ha tenuto conto di più specifiche norme internazionali nella stessa materia della Convenzione europea di cui è organo di garanzia non si è, nel contempo, sempre posta un problema di vigore delle altre convenzioni richiamate per gli Stati «coinvolti»;vero è che in proposito essa non ha nemmeno ritenuto opportuno richiamarsi espressamente all'art. 60 ritenendo che ogni disposizione di «altri trattati» nella stessa materia potesse rilevare come mezzo interpretativo delle norme da applicare: valesse, anzi, a fornire quel quadro normativo di riferimento entro cui collocare dal punto di vista sistematico la Convenzione europea. E quanto emerge nella sentenza del caso Marckx là dove la Corte europea si è riferita a due convenzioni internazionali in vigore solo fra pochi Stati per affermare che l'esistenza «of these two treaties denotes that there is a clear measure of common ground in this area amongst modern societies» (58). E in effetti vi sono casi in cui la Corte ha accennato ad altre convenzioni internazionali per fini interpretativi della Convenzione europea ed anche a semplici progetti di trattato, riferendosi ad es. ad un nuovo Protocollo della stessa Convenzione, senza con questo voler «aborder la question de l'autorité de ce Protocole, non encore en vigueur..» (59). Quanto ai casi Sindacato Nazionale della polizia belga, Sindacato Svedese di macchinisti di locomotive, *Groppera* e Soering (60), non ha affrontato in nessun modo la questione del vigore degli accordi internazionali richiamati.

Non sono peraltro mancate sentenze di segno opposto. Nel caso Van der *Mussele* (61) la Corte ha precisato che le convenzioni OIL cui intendeva

---

(57) Cfr. PIETROBON, L'interpretazione, cit., p. 42. Sull'operatività delle riserve relative a convenzioni internazionali utilizzate a fini interpretativi nell'ambito della Convenzione europea v. Marckx case, cit., par. 41, p. 19 ove si fa riferimento ad una riserva «which could theoretically concern precisely the manner of establishing the materna1 affiliation of a child born out of wedlock».

(58) Cfr. Marckx case, cit., p. 19, par. 41.

(59) AffaireEkbatani, cit., p. 13.

(60) V. *supra* par. 3.

(61) Ibidem par. 3.

richiamarsi a fini interpretivi della Convenzione europea risultavano «binding on nearly all the member States of the Council of Europe, including Belgium». E più di recente, un riferimento di analogo tenore lo si rinviene nel caso *Costello-Roberts* quando, nel riferirsi a fini interpretativi alla Convenzione di New York, la Corte ha voluto precisare che tale Convenzione «entered into force on 2 September 1990 and was ratified by the United Kingdom on 16 December 1991» (62). In quel caso, la precisazione appariva funzionale alla scelta della Corte di utilizzare la Convenzione di New York per valutare il fine speciale dell'esistenza della responsabilità di un suo contraente in virtù dell'art. 28.2 della Convenzione sui diritti del minore là dove impone agli Stati parte l'adozione di «appropriate measures» per assicurare una disciplina scolastica impartita nel rispetto della dignità umana del minore. Quanto alla Commissione, per ragioni analoghe, ha fatto riferimento alla sfera d'efficacia della convenzione utilizzata a fini interpretativi nel citato caso *Glimmerveen et Hagenbeek* (63).

In ultima analisi, la prassi prova che indipendentemente dalla coincidenza della sfera dei contraenti, gli organi di Strasburgo — quando ritengono di doverlo fare — ricorrono *comunque* per l'interpretazione della Convenzione europea ad altri trattati in materia di diritti umani: solo che l'interpretazione sistematica, ove non vi sia coincidenza fra contraenti, può al più portare all'individuazione dei valori e/o principi universali dell'umana tutela secondo un'analogia *iuris*. Nel mentre, allorchè la Corte si avvale dell'analogia *legis* per i fini di un'interpretazione sistematica — come nel caso *Van der Mussele* o, con più precisione, nel caso *Costello-Roberts* — è evidente la preoccupazione di accertare se la Convenzione utilizzata sia in vigore con lo Stato in causa.

6. – La Convenzione di New York sui diritti del minore non nasce — com'è evidente — dal nulla. Il suo nucleo centrale è, per la verità, costituito da norme in cui sono confluiti diritti che si sono andati riconoscendo alla persona umana a partire dalla Dichiarazione universale (64) e dalle disposizioni dei Patti delle N.U. sui diritti umani e in particolare della stessa Convenzione europea. Ma la Convenzione di New York nel suo nucleo ((centrale» ove si occupa dei diritti fondamentali dei minori, risulta già a prima lettura più elaborata e dettagliata rispetto a quegli altri Patti e alla Convenzione europea. Non per questo — s'intende — tutte le previsioni normative della Convenzione di New York *prima facie* dotate di maggiore specificità — per via di una particolare articolazione nella formulazione della *sostan-*

---

(62) Affaire Costello-Roberts, cit., p. 27.

(63) **Ancora** supra **par. 3. Cfr., altresì, la decisione della Commissione europea del** 11 **luglio** 1977, **n.** 7626/76, *cit.*, **e la sentenza della Corte nel caso** *Inze*, cit.

(64) **Sulla riferibilità al minore degli atti e delle convenzioni internazionali sui diritti umani in vigore prima della Convenzione di New York, la dottrina citata** supra **alla nota** 1.

za dei diritti contemplati owero per le precisate *modalità* di *attuazione* — possono considerarsi davvero innovative o modificative rispetto alle situazioni giuridiche preesistenti(*). Ma dove lo siano — e per gli stessi diritti che la Convenzione europea contempla — le disposizioni della Convenzione di New York come quelle dei Patti son da combinare interpretativamente con le «corrispondenti» disposizioni della Convenzione europea ai fini di una migliore (o più estesa) interpretazione dei diritti.

Nella Convenzione europea figurano — come è noto — fondamentali diritti già riconosciuti dalla Dichiarazione universale e dai Patti dei diritti umani delle N.U. (66) come il diritto alla vita (art. 2), il divieto della tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il divieto di schiavitù e del lavoro forzato e obbligatorio (art. 4), i diritti alla libertà e alla sicurezza personale (art. 5), all'equo processo, in costanza anche del principio di irretroattività della legge penale (artt. 6 e 7), nonchè il diritto alla *privacy* (art. 8), alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), espressione (art. 10), di associazione e di riunione pacifica (art. 11), il diritto di sposarsi e di avere una famiglia (art. 12); ancora, il diritto d'istruzione (art. 2 del Primo Protocollo), la libertà di movimento e il divieto di espellere cittadini e collettività di stranieri (Quarto Protocollo) sempre sul presupposto generale del divieto di discriminazione (art. 14).

Ma rispetto all'insieme di codesti diritti, il confronto tra la Convenzione europea e la Convenzione di New York non offre risultati omogenei.

---

(65) Indicativo nel raffronto tra il Patto sui diritti civili e politici e la Convenzione di New York, risulta, ad es., il confronto sul divieto di discriminazione: sebbene, infatti, la Convenzione di New York (art. 2) individui in modo più dettagliato rispetto al Patto le possibili cause di discriminazione (origine etnica, proprietà o handicap), certamente si tratta di cause qualificabili come una «qualsiasi altra condizione» secondo l'inciso finale già contenuto nell'art. 2.1 del Patto sui diritti civili. Semmai, l'aspetto innovativo della Convezione di New York si rinviene nel fatto che vietando pure atti discriminatori diretti, oltre che al minore, ai genitori e ai tutori legali, essa assicura al minore una tutela più completa, stante il vincolo di «dipendenza» fra il minore e il genitore o il tutore.

(66) Ovviamente non v'è del tutto coincidenza fra i diritti contemplati nella Convenzione europea rispetto a quelli previsti dai Patti internazionali anche se molti dei diritti previsti dai Patti sono confluiti — a volte con delle modifiche e delle innovazioni — nella Convenzione di New York. Ciò vale, ad es., per il diritto al riposo e allo svago (previsto dall'art. 7, lett. d del Patto sui diritti economici e all'art. 31 della Convenzione di New York), per il divieto di sfruttamento economico e sociale (art. 10.3 del Patto sui diritti economici e dagli art. 32, 33, 34, 35, 36 della Convenzione di New York), per la tutela della salute fisica e mentale (art. 12 del Patto sui diritti economici e 17 e 24 della Convenzione di New York), e per il diritto alla partecipazione alla vita culturale (art. 15 del Patto sui diritti economici e 17 della Convenzione di New York), e la tutela delle minoranze (art. 27 del Patto sui diritti civili e 30 della Convenzione di New York). Sulla riferibilità a minori dei diritti contemplati nel Patto sui diritti civili, cfr. UN *Human* Rights *Committee*, Violation of the Rights of the Child to Protection and Recognition of *Legal* Personality, in Human Rights Law *Journal*, vol. 16, 1995, pp. 397-400.

In taluni casi — come per le libertà di espressione, di associazione, il diritto alla *privacy* e la libertà di movimento — la Convenzione di New York non pare sostanzialmente discostarsi da quanto già previsto nella Convenzione europea; in altri casi, invece, si registrano delle differenze marcate. Basti l'esempio degli artt. 28 e 29 della Convenzione di New York che segnano un mutamento decisivo di *prospettiva* in tema d'istruzione ed educazione dei figli. L'art. 2 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea fa riferimento alle convinzioni «religiose e filosofiche» dei genitori (67), mentre gli artt. 28 e 29 della Convenzione di New York pongono l'accento sulla posizione del minore. L'art. 29 prevede infatti che l'istruzione debba tendere, anzitutto, allo «sviluppo della personalità del bambino/a, dei suoi talenti, delle sue abilità mentali e fisiche, al massimo delle sue potenzialità». Ancora, benchè la medesima Convenzione riconosca, all'art. 18, che sui genitori (o tutori legali) ricade comunque la responsabilità primaria in ordine all'educazione del minore, non si manca di precisare che, nell'esercizio di questo compito, i genitori devono lasciarsi guidare ed ispirare dai «maggiori interessi» del minore. Beninteso non è dubbio che la Convenzione europea riconosca direttamente anche al minore il diritto alle libere manifestazioni del pensiero, di coscienza e religione; ma la Convenzione di New York accentua questa prospettiva: da oggetto «sottoposto» all'istruzione il minore diviene soggetto titolare del diritto modellato secondo le *sue* esigenze e l'istruzione dovrà, perciò, rispondere, *in primis,* all'esigenza di salvaguardare l'identità culturale, la lingua e i valori del paese in cui il minore vive ed eventualmente anche di quello di cui sia originario.

In ogni caso le valutazioni relative all'incidenza della Convenzione di New York, e di altre in materia, sulla Convenzione europea non potranno che prendere l'avvio dall'esame della giurisprudenza della Commissione e della Corte di Strasburgo e dall'interpretazione giudiziale dei diritti che la Convenzione contempla con particolare attenzione ai casi che riguardino, direttamente o indirettamente, i minori. Tanto più che, proprio in tema d'istruzione ed educazione dei minori, la Corte europea ha già avuto modo di riferirsi alla Convenzione di New York per trarne sostanzialmente il convincimento che nel «contesto» del diritto all'educazione di cui all'art. 2 del Primo Protocollo andava riguardato — conformemente a quanto previsto dall'art. 28, par. 2 della Convenzione di New York — anche il sistema disciplinare scolastico, da non considerarsi «merely ancillary to the educational process» e la Corte ha, per questa ragione, ritenuto di non poter escludere, la responsabilità degli Stati per trattamenti disumani o degradanti dei minori, intanto incompatibili con la Convenzione europea (68).

---

(67) Anche l'art. *13,* § 4 del Patto sui diritti economici attribuisce, del resto, esclusivo rilievo alle convinzioni dei genitori.

(68) Cfr. Affaire Costello-Roberts, cit., parr, 25-28; sul punto **v.** oltre II.

II

7. – L'indagine sulla giurisprudenza degli organi di Strasburgo prova, anzitutto, quanto già si diceva: che, cioè, il riferimento ai minori dei diritti che la Convenzione europea contempla per ogni persona umana è fuori discussione([69]) e non si fonda su di un'interpretazione estensiva delle disposizioni convenzionali ma sull'art. 14 che, vietando qualsiasi discriminazione, vieta pure quella che si fondi sulla *minore età* della persona.

Semmai, in un'ottica per l'appunto di non discriminazione([70]), la minore età e, dunque, le particolari condizioni e gli specifici bisogni dei soggetti in formazione, hanno orientato gli organi di salvaguardia ad una lettura dei diritti che la Convenzione europea contempla, mirata — ove necessario — ai bisogni e alle necessità dei minori. In questa dimensione si colloca, ad es., il ricorso proposto dai genitori avverso la decisione della polizia tede-

---

([69]) Sull'applicabilità ai minori della Convenzione europea cfr., ad es., Eur. Court H.R., Nielsen case,.Judgrnent of 28 November 1988, Series A, n. 144, p. 22: «According to its wording, Art. 5 applies to «everyone». The protection afforded by this provision clearly also covers minors, as is confirmed by, inter alia, sub-paragraph (d) of paragraph 1». Cfr. BUQUICCHIO-DE BOER, Children and the *European* Convention on Human Rights. A *Survey* of case-law of the European *Commission* and Court of Human Rights, in Protecting Human Rights: The European *Dimension*, Studies in honour of Gérard *J.Wiarda* edited by *Matscher* and *Petzold*, Koln, 1988, pp. 73 ss; v., inoltre, ENRICH MAS, The Protection of minors under the European Convention on Human Rights. Analysis of case-law, Strasbourg, 20 June *1990*, Council of Europe, Doc. H (90) 7 e BOUCAUD, The Council of Europe and child welfare. The *need* for a European Convention on *children's* rights, Council of Europe *Press*, 1992.

([70]) Decisiva al riguardo è la decisione della Corte nel caso Bouamar (Eur. Court H. R., Bouamar case, Judgment of *29 February* 1988, Series A, n. 129, par. 66 in ispecie e il par. 96 dell'annessa Opinione della Commissione) in ordine alla diversità di trattamento tra adulti e minori esistente in Belgio relativamente ai ricorsi contro le decisioni che ordinano la carcerazione, considerate, per il ricorrente, in contrasto con l'art. 14 combinato con l'art. 5, par. 4 della Convenzione europea. Accolte le conclusioni della Commissione per cui se «the difference in treatment between minors and adults is based on an objective justification, namely the age of the persons concerned», tale giustificazione «is reasonable inasmuch as the purpose of the particular treatment given to minors consists essentially in ensuring their protection», la Corte decideva nel senso che «a difference of treatment...does not amount to discrimination...it steams from the protective — not punitive — nature of the procedure applicable to juveniles in Belgium». Su un'ipotesi di trattamento diversificato tra adulti e minori non discriminatorio ai sensi della Convenzione europea derivante dalla privazione di libertà disposta nei confronti di una minore cfr. Application n. 8500/79, X. v Switzerland, Decision of 14 Decernber 1979, Decisions and *Reports* n. 18, pp. 238-249: «the measure ordered by the competent authorities was motivated by the failure of the special education measures previously ordered and hence by the necessity of exploring the adolescent's personality in greater depth. It is true that the period of observation lasted nearly eight months, but this circumstance is not sufficient in itself to cast doubt on the purpose of the detention and its cornpatibility with art. 5, paragraph 1.*d*».

sca di trattenere una minore per un interrogatorio violando, secondo la tesi dei ricorrenti, gli artt. 3 e 5 della Convenzione europea (71). La Commissione, pur avendo dichiarato irricevibile il ricorso, non ha infatti mancato di precisare — già in quell'occasione, molto prima, cioè, della Convenzione di New York — che quando si sottopongano ad interrogatorio minori «it is of course necessary that interrogations of children be carried out in a manner respecting their age and susceptibility»: anticipando, insomma, quanto ora prevede l'art. 37, lett. c della Convenzione di New York che dispone, per l'appunto, nel senso che i minori privati della libertà devono essere trattati con umanità e rispetto e secondo modalità che tengano conto delle loro particolari esigenze.

E nella stessa ottica si collocano le decisioni relative a ricorsi riguardanti, ad es., le separazioni e i divorzi dei genitori, l'affidamento ai servizi sociali e le adozioni senza il consenso dei genitori (72): casi, questi, che evidenziano l'orientamento della Commissione e della Corte europea di salvaguardare *comunque* il predominante interesse e benessere del minore, in armonia con il principio informatore della Convenzione di New York nel suo complesso (art. 3) e secondo quanto espressamente dispongono, in tema di separazione, affidamento e adozione, gli artt. 9, 20 e 21 di codesta convenzione.

Orbene, rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, la Convenzione sui diritti dei minori opera in due direzioni: da un lato, conferma sostanzialmente lo *standard* di protezione del minore che gli organi di Strasburgo sono andati nel tempo via via consolidando; dall'altro lato, offre ora la possibilità alla Corte e alla Commissione di avvalersi — in via d'interpretazione sistematica — della Convenzione di New York o di altre che maggiormente lo favoriscano, secondo il disposto dell'art. 41 di quella stessa Convenzione. E ciò mentre l'indagine sulla prassi giudiziaria già evidenzia l'orientamento della Corte europea di riferirsi alla Convenzione di New York per l'appunto a fini interpretativi: come nella sentenza del caso *Costello-Roberts* in materia di punizioni corporali inflitte a minori in scuole private e nell'opinione parzialmente dissenziente sul caso *Olsoon 2* in tema d'affidamento di minori all'assistenza del servizio sociale (73) nonchè nella sentenza *Keegan* ove la Corte si è riferita all'art. 7 della Convenzione di New York per ricostruire la nozione e l'estensione della nozione di vita familiare (74).

---

(71) Si tratta dell'*Application* n. 8819/79, X. *v.* the Federa1 Republic of *Germany,* Decision of 19 *March 1981,* Decisions and Reports, n. 24, pp. 158 ss.

(72) Cfr., *infra,* par. 13.

(73) Cfr. *Eur. Court* H.R., Olsson case *(No.2),* Judgment of 27 November 1992, Series A, n. 250, *Partly* Dissenting Opinion of Judge *Pettiti,* Joined by *Judges Matscher* and Russo, p. 46 «it is paradoxical that in the year of the implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which stresses the importante of parent-child relations, there should have been such a failure in the application of Article 8 of the European Convention». Su tali questioni v. *infra.*

(74) *Eur. Court H.R.,* Keegan case, Judgment of 26 May 1994, Series A, n. 290, par. 50.

Resta da verificare rispetto a quali altri diritti contemplatati dalla Convenzione europea l'interpretazione sistematica alla luce della Convenzione di New York possa — e con quale incidenza — esplicare i suoi effetti (75).

8. – Molti sono i ricorsi che hanno avuto riguardo alla pretesa violazione nei confronti dei minori dell'art. 3 della Convenzione europea, sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani e degradanti: fra questi spiccano — come è noto — quelli riguardanti le punizioni corporali (76).

---

(75) Considerazioni rilevanti anche sotto il profilo dell'adattamento del diritto interno alla Convenzione europea e alla Convenzione di New York; non per nulla, del resto, l'organico progetto di legge n. 2654 (Atto Camera, XI Legislatura) intitolato «norme per la tutela dei minori» aveva, fra l'altro, riguardo anche all'adozione di norme di adattamento ordinario al fine della conformità del diritto interno al risultato voluto dalle citate convenzioni. Sul punto v. *infra,* III, par. 20.

(76) Ma in molti ricorsi riguardanti le punizioni corporali s'è prospettata, oltre alla violazione dell'art. 3 della Convenzione europea, anche la violazione di altre norme della Convenzione: in particolare, dell'art. 2 del Primo Protocollo in tutti i casi in cui i genitori proponevano il ricorso anche sotto il profilo della pretesa violazione nei loro confronti del diritto ad avere i figli educati in modo conforme alle loro convinzioni filosofiche (sul punto v, *infra,* par. 8): cfr. *Eur.Court.* H.R., Campbell and Cosans case, Judgment of *25* February, 1982, Series A, n. 48 *e,* per quanto attiene alla Commissione, Application n. 7907/77, Mrs. X. v. the United Kingdom, Decision of *12* July *1982,* Decisions and Reports, n. 14, pp. 205, ss.; *Application* n. 8811/79, Seven *individuals* v. Sweden, Decision of *13* May 1982, ibidem, n. 29, pp. 104 ss.; Application n. 9471181, Mrs X. and Miss X. v the United Kingdom, Decision of *13* March 1984, ibidem, n. 36, pp. 49 ss. insieme al Report adopted by the Commision on *18* July 1986, ibidem, n. 60, pp. 5 ss; Application n. 9303181, B. and D. v. the United Kingdom, Decision of *13* October 1986, ibidem, n. 49, pp. 44 ss. In alcuni casi s'è posta la questione nei termini della violazione, anche nei confronti del minore rappresentato, oltre che del genitore, del solo art. 2 del Primo Protocollo: cfr. Application n. 9119/80, John T. *Townend* Sr. and Jr. v. the United Kingdom, Report adopted by the Commision on *23* February 1987, Decisions and Reports, n. 50, pp. 36 ss; Application n. 9114/80, Durairaj *v.* the United Kingdom, Report adopted by the *Commission* on *16* July 1987, ibidem, n. 52, pp. 13 ss; Application n. 11648/85, Janice Jarman v. the United Kingdom, Decision of *11 May* 1988, ibidem, n. 56, pp. 181 ss. (in quest'ultimo caso il ricorso era stato proposto in via esclusiva dal genitore). Va detto infine che, alcuni ricorsi hanno avuto riguardo anche alla pretesa violazione dell'art. 8 della Convenzione europea (v. *infra*): cfr. Application n. 10592183, *Family* A. *v.* the United Kingdom, Report adopted by the *Commission* on *16* July 1987, ibidem, n. 52; Application n. 13134/87, Costello-Roberts v the United Kingdom, Decision of *13* December 1990, ibidem, n. 67 in combinato con la successiva sentenza della Corte europea (Costello-Roberts, cit., pp. 60 ss.) e con l'opinione della Commissione annessa alla sentenza della Corte nel caso Y. v the United *Kingdom* (Eur. Court H.R., Y v. the United Kingdom case, Judgment of *29* October 1992, Series A, n. 247, pp. 14 ss. Infine, in altri ricorsi s'era prospettata anche la violazione dell'art. 13 della Convenzione per mancanza di rimedi interni (v., ad es., *Costello-Roberts* case, *cit.,* pp. 61-62 e Applicatian n. 9471/81, cit.).

Ma, a ben vedere, non sono mancati ricorsi in cui s'è prospettata la questione della violazione dell'art. 3 della Convenzione anche in relazione a vicende diverse. Come, ad es., nel ricorso — già menzionato ad altri fini — del fermo di una minorenne da parte della polizia per un interrogatorio «irrituale». In quel caso la ricorrente aveva infatti prospettato la violazione, oltre che dell'art. 5, anche dell'art. 3 della Convenzione; e la Commissione, dal canto suo, nel valutare se quell'azione di polizia avesse dato luogo ad un comportamento inumano o degradante, non aveva mancato di rilevare che la vicenda era risultata nel complesso «regrettable and unsuitable»; tanto da preoccuparsi di verificare se, in concreto, l'interrogatorio non avesse «affected the applicant» ai fini e per gli effetti dell'art. 3 della Convenzione (77). Addirittura sulla pretesa violazione dell'art. 3 si basava anche il ricorso proposto alla Commissione da un minore che lamentava di aver subito un trattamento inumano e degradante per il fatto di non aver ottenuto, alla fine dell'anno scolastico, la promozione alla classe superiore (78). E ancora sul divieto di trattamenti inumani, si fondava pure il ricorso riguardante un minorenne siriano che per ben due anni (dagli 11 ai 13 anni) aveva vissuto sotto la minaccia dell'esecuzione di un ordine di espulsione da parte delle autorità svedesi (79). E la Commissione si era, allora, orientata a dichiarare *ammissibile* il ricorso del minorenne dopo aver considerato con attenzione la vicenda del ricorrente: per costante giurisprudenza degli organi di Strasburgo infatti un «ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Art. 3» e l'esistenza di tale livello minimo di gravità è necessariamente relativa, dipendendo da diverse circo-

---

(77) *V. supra*, nota 71.

(78) Cfr. *Application* n. 10932/84, *Verena Morreale v. Switzerland, Decision of* 1 *October* 1984, non pubblicata; la Commissione non ha potuto esprimersi nel merito non avendo la ricorrente esaurito i rimedi interni.

(79) Cfr. *Application* n. 9330/81, *Bulus v. Sweden, Decision of 19 January* 1984, in *Decisions and Reports*, n. 35, pp. 57 ss. La Commissione aveva dichiarato ammissibile il ricorso del minore dei tre fratelli Bulus sia sotto il profilo della pretesa violazione dell'art. 3, come pure degli art. 8 e 13 della Convenzione. Sulla compatibilità con l'art. 8 della Convenzione europea del rifiuto da parte delle autorità nazionali di consentire a un minore di sette anni di ricongiungersi con il padre nello Stato di residenza di quest'ultimo, cfr. *Application* n. 11026/84, *Report adopted by the Commission on 9 October* 1985, in *Decisions and Reports*, n. 44, pp. 262 e, da ultimo, l'*Application* n. 21702/93, *Salah and Souffiance Ahmut v. the Netherlands (European Cornrnission of Human Rights, Infomation note n. 122 on the 249th Session of the European Commission of Human Rights*, 520(94), 16.11.94) pure in tema di (negato) ricongiungimento familiare di un minore di nazionalità marocchina con il padre residente nei Paesi Bassi; sul rifiuto delle autorità olandesi di concedere il permesso di ingresso e soggiorno in Olanda per fini adottivi, cfr., *Application n.* 11041/84, *Leiwakabessy and others v. the Netherlands, Decision of* 13 *Decernber* 1984, non pubblicata (doc. della Commissione, E 80.612. 06.2).

stanze, tra cui, l'età del ricorrente ([80]). La successiva composizione amichevole ([81]) non ha peraltro consentito alla Corte di valutare la sussistenza della lamentata violazione. Ma, per la verità, la ricostruzione della vicenda da parte della Commissione lasciava pochi dubbi sull'esistenza del «minimo» livello di gravità, anche perchè, nel caso di specie, l'esplusione avrebbe comportato per il minore la separazione definitiva dalla madre oltre che dalle sorelle ([82]). Di recente, poi, la Commissione ha dichiarato ammissibile il ricorso — fondato, per le ricorrenti, sulla pretesa violazione dell'art. 3, oltre che dell'8 e dell'13 della Convenzione — concernente il rifiuto delle autorità olandesi di concedere il permesso d'ingresso ad un'orfana zairese di nove anni, accompagnata dalla zia, e del conseguente ritorno della minore nello Zaire senza accompagnamento([83]).

Merita infine attenzione il ricorso che ha riguardato la minorenne olandese affetta da ***handicap*** sottoposta a violenza sessuale mentre si trovava in un Istituto speciale per minori ([84]). Il padre della ragazza, dopo aver denunciato il fatto alla polizia, aveva querelato il responsabile della violenza non avendo la figlia le capacità psichiche per poterlo autonomamente proporre; successivamente, la procura di Arnhem si era rifiutata di aprire un procedi-

---

([80]) *Ibidem*, p. 62.

([81]) Cfr. Report adopted by the *Commission* on 8 *December* 1984, in Decisions and Reports, n. 39, pp. 75 ss.

([82]) Aspetto, questo, specialmente rilevante sotto il profilo della pretesa violazione dell'art. 8 della Convenzione europea (v. *infra* par. 12). In tema di esplusione di stranieri si segnala pure la sentenza della Corte nel caso *Berrehab* (Eur. Court *H.R., Berrehab* case, *Judgment* of 21 June 1988, Series A, n. 138): nel ricorso proposto anche in nome della figlia minore Rebecca, il padre aveva sostenuto che la sua espulsione dall'Olanda comportava, oltre alla violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, anche dell'art. 3 poichè il distacco dal padre costituiva — specialmente per la figlia — un trattamento inumano. Ma la Corte accogliendo il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 8, non ha ritenuto sussistente quel minimo livello di gravità che l'art. 3 richiede. Cfr. altresì l'*Application* n. 23159/94, Mandushe *Dreshaj v. Finland*, Decision of 19 May 1994, in Decisions and Reports, n. 77-A, pp. 126 ss.: «the Commission also recalls that the treatment prohibited by Art. 3 of the Convention is of a severe nature. An assessment of whether such treatment is in breach of this provision must take account of all the circumstances of the case, the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the complainant».

([83]) *Application* n. 23366194, F.N. and B.N. *v.* the Netherlands (European *Commission on Human* Right, *Information* note n. 120 on the 247th *Session*, 340 (94) 26.7.94); la Corte europea è stata investita del caso il 27 settembre 1995 ai sensi dell'art. 5 del Nono Protocollo (cfr. Council *of* Europe, *Press* releases issued by the Registrar of the European Court of *Human* Rights, 10-30 October 1995, *Reference* n. 498).La Commissione (Report of 2 March 1995) si è espressa, sia pur non all'unanirnità, per la non violazione dell'art. 3 (oltre che dell'art. 8)

([84]) Cfr. Application n, 8978/80, Decision of 17 *December* 1981, in Decisions and Reports, n. 27, pp. 166 ss.

mento penale dal momento che per la legge olandese, nei casi di abuso sessuale in danno di un maggiore di sedici anni, occorreva anche la querela della vittima nel caso di specie non più proponibile per scadenza dei termini. Dopo la conferma, in appello, della decisione della procura, padre e figlia avevano proposto ricorso alla Commissione per l'appunto sotto il profilo dell'impossibilità, secondo la legge olandese, per i genitori di querelare il responsabile di abusi commessi nei confronti dei propri figli minori, specie ove si tratti di handicappati mentali.

Ora, anche in questo caso, i ricorrenti avevano prospettato — sia pur non in via esclusiva, ma in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione europea — la violazione dell'art. 3 a ragione della sofferenza derivata alla minorenne dall'abuso sessuale subito. Ma alla Commissione, ad esclusione di uno solo dei suoi componenti(85), non è parso necessario stabilire se l'accertata e indiscussa sofferenza derivata alla minore fosse «of such a nature and had reached such a degree of intensity as to bring it within the scope of Art. 3» in quanto non si riteneva di dovere considerare responsabile lo Stato(86). La Commissione infatti — e la Corte poi(87) — una volta accertata la violazione dell'art. 8 della Convenzione in considerazione della «failure by the Netherlands legislator to include a particular category of especially vulnerable persons in an otherwise comprehensive system of criminal legal protection of the sexual integrity of vulnerable persons., concludeva nel senso che «sexual abuse and inhuman or degrading treatment — even though they may overlap in individua1 cases — are by no means congruent concepts»: conseguentemente — precisava la Commissione — «the "gap" in the law relating to the protection of the sexual integrity of vulnerable persons cannot therefore be assimilated to a "gap" in the protection of persons against inhuman or degrading treatment»(88).

A parte i casi appena ricordati, la giurisprudenza degli organi di Strasburgo sull'art. 3 ha riguardato — come si accennava — in massima parte casi di punizioni corporali inflitte a minori: anzi, proprio in quest'ambito, l'interpretazione evolutivo-sistematica ha giocato un ruolo decisivo nell'in-

---

(85) Cfr. Dissenting Opinion *of* Mr. Tenekides with regard to *Article* 3 of the Convention, pp. 26-27, in Eur. *Court* H.R., X and Y. Case, *Judgment* of 26 *March* 1985, Series A, n. 91: «if the suffering inflicted on the second applicant was of such intensity as to fall within the scope of Article 3, the failure by the Netherlands legislator to allow crirninal prosecution of the perpetrator of the sexual abuse equally amounted to a violation of that Article».

(86) Si veda l'*Opinion* della Commissione (parr. 92-96, in ispecie par. 95) in annesso alla sentenza della Corte nel caso X. and Y. case, cit.

(87) *Ibidem,* par. 34: «According to the Commission, Art. 3 had not been violated since there was no close and direct link between the gap in the Netherlands law and by the Article».

(88) Opinion of the *Commission, ibidem,* par. 95.

terpretazione di quella disposizione. In effetti, già nella sentenza sul caso *Tyrer* del 1978 sulle punizioni corporali inflitte come sanzione giudiziaria (89), la Corte aveva sottolineato quel carattere «vivant» della Convenzione per cui s'imponeva un'interpretazione sistematico-evolutiva dei diritti in essa contemplati. E nella sentenza del caso *Costello-Roberts* del 1993 sulle punizioni inflitte in scuole private (90) la Corte si è senz'altro riferita per fini interpretativi alla Convenzione di New York sui diritti del minore.

Anche nell'arco di tempo intercorso tra queste due pronunce, vari ricorsi alla Commissione hanno riguardato casi di punizioni corporali inflitte a minori in ambito scolastico, a cominciare dai ricorsi *Campbell e Cosans* (91) ove era in questione la legislazione scolastica scozzese che consentiva il ricorso a punizioni corporali nei confronti di alunni che avessero commesso determinate infrazioni disciplinari. In tal caso peraltro — è ben noto — che la Corte, pur accogliendo il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 2 del Primo Protocollo, non aveva ravvisato anche la violazione dell'art. 3: la semplice minaccia del ricorso alla pena della fustigazione della mano poteva aver generato apprensione e inquietudine nei

---

(89) Cfr. Eur. Court H.R., Tyrer case, *Judgment of 25 April* 1978, in Riv. dir. int., pp. 157 ss., spec. par. 31, p. 161: «La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter — la Commission l'a relevé à juste titre — à la lumière des conditions de vie actuelle». Cfr., insieme, Partially dissenting Opinion *of* MM. *Schermers,* Batliner, Vanderberghe and Sir *Basil* Hall, in Application n. 9471/81, cit., là dove sul punto dell'interpretazione dell'art. 3 ci si richiama all'art. 7 (in combinato disposto con l'art. 4, par. 2) del Patto Internazionale sui diritti Civili e Politici. Nel caso Tyrer era in questione — com'è ben noto — una legge dell'Isola di Man che prevedeva la sottoposizione, in determinati casi, di giovani di sesso maschile in età compresa dai 10 ai 16 anni, a pene corporali (nelle specie tre frustate sulle natiche nude inflitte al minore in una stazione di polizia alla presenza di un medico e del padre).

(90) Cfr. Eur. Court H.R., Costello-Roberts case, cit., parr. 27 e 35. Nel caso in esame era in questione la sottoposizione di minori a punizioni corporali in scuole private (indipendent boarding *preparatory* school); nel sistema scolastico del Regno Unito una «private school is one at which full-time education is provided for five or more pupils of compulsory school age not being a special school ...to provide education for pupils with learning difficulties, or a school rnaintained by a local education authority».

(91) Application n. 7511/76, Decision *of* 15 December 1977, in Decisions and Reports, n. 12, pp. 49 ss. e Application n. 7743/76, Decision *of 15* December 1977, ibidem, n. 12, pp. 140 ss. In particolare, nel caso Campbell si era trattato di un ricorso proposto dalla madre che si era vista respingere il ricorso in cui chiedeva che il figlio fosse preventivamente escluso da punizioni corporali e, nel caso Cosans, dell'allontanamento del minore dalla scuola per essersi costui rifiutato — d'accordo con i propri genitori — di sottoporsi alla punizione corporale che gli era stata comminata. I ricorrenti lamentavano, oltre alla violazione dell'art. 3, anche la violazione dell'art. 2 del Primo Protocollo e, per questo profilo, v., oltre alla nota seguente, *infra,* par. 14.

ricorrenti, ma non integrava di per sé un trattamento inumano o degradante vietato dall'art. 3 (92). Ad ogni modo, i diversi ricorsi che, da allora, si sono susseguiti verso il Regno Unito (93) — e tutti dichiarati ammissibili — hanno finito per indurlo ad approvare, alla fine del 1986, l'*Education Act* n. 2 con cui si disponeva l'abolizione nelle «state schools» delle punizioni corporali.

Risolta la questione delle punizioni corporali a partire dall'entrata in vigore dell'*Education* Act, rimaneva tuttavia aperta quella dell'uso nel Regno Unito delle punizioni corporali nelle «indipendent or private schools»: i ricorsi nei casi Costello-Roberts e Y riguardano, per l'appunto, punizioni corporali inflitte a minori in scuole private inglesi (94). E al riguardo il Regno Unito aveva tentato di sostenere che, pur essendo tenuto ad esercitare un «limited degree of control and supervision over indipendent schools», non poteva considerarsi «directly responsible for every aspect...in particular in matters of discipline))(95). Ma la Corte aveva invece concluso che «the treatment complained of although it was the act of a headmaster of an indipendent school, is none the less such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both» (96).

Complessivamente valutata, la giurisprudenza della Commissione e della Corte evidenzia, dunque, un grado di protezione via via sempre più elevato e persino orientato a richiedere una legislazione contraria all'uso delle punizioni corporali in qualunque sistema educativo.

È pur vero che per gli organi di Strasburgo le punizioni corporali a minori nell'ambito scolastico anche privato costituiscono un trattamento degradante, vietato dall'art. 3 della Convenzione, solo quando «the humiliation or debasement involved must attain a particular level of severity» da valutarsi considerando «all the circumstances of the case» (97); ma nella sentenza Costello-Roberts la Corte ha affermato di «not wishing to be taken

---

(92) Cfr. *Eur.* Court H.R., *Campbell* and Cosans case, cit.; sulla pretesa violazione dell'art. 3 della Convenzione, v. in ispecie i parr. 24-31: «in the case of these two children, the Court like the Commission, notes that it has not been shown by means of medica1 certificates or othenvise that they suffered any adverse psychological or adverse effect».

(93) V., supra, nota 73.

(94) Cfr. Application n. 13134/87, cit., e Application n. 14229188 non ancora pubblicata; cfr., altresì, l'*Opinion* of the European *Commission of Human* Rights, annessa alla sentenza della Corte Costello-Roberts, cit. e l'*Opinion* annessa a Eur. Court H.R., Y Case, *Judgment of* 29 October 1992, Series A, vol. 247.

(95) Costello-Roberts case, cit., par. 25, p. 57.

(96) *Ibidem,* par. 28, p. 58.

(97) *Campbell* and Cosans case, cit., par. 28, p. 13.

to approve in any way the retention of corporal punishment as a part of the disciplinary regime of a school» ([98]). Perciò la stessa sentenza, sul punto della violazione dell'art. 3, ha conosciuto la netta spaccatura fra giudici, quattro dei quali si sono dissociati dalla decisione finale — ma la Corte, pur non avendo ravvisato nel caso esaminato l'esistenza di quel «*minimum level* of *severity*», ha comunque mostrato di nutrire «certain misgivings about the automatic nature of the punishment and the three-day wait before its imposition» ([99]). Del resto, i quattro giudici dissenzienti hanno ritenuto di non poter condividere la decisione della Corte per l'appunto sulla base dell'assunto che «the official and formalized nature of the punishment...was degrading to the applicant and violated Art. 3» ([100]).

Insomma, v'è un deciso sfavore per i metodi educativi che comportino il ricorso a punizioni corporali scolastiche: ciò, a quanto pare, indipendentemente dal livello di gravità o dal carattere che tali punizioni possano assumere e conformemente proprio all'art. 28 della Convenzione di New York sui diritti del minore che, appunto in tema di disciplina scolastica, fa riferimento — e bene ha fatto la Corte europea a richiamarvisi — alla necessità che l'educazione dei minori avvenga nel rispetto della dignità umana e in conformità con la Convenzione complessivamente intesa.

Più delicato è il discorso sulle punizioni corporali inflitte dai genitori, in famiglia. In questo contesto, si segnala del resto un solo ricorso alla Commissione, peraltro dichiarato inammissibile, e una fuggevole, per quanto decisiva, considerazione nel caso Y contro Regno Unito a proposito della valutazione della punizione corporale inflitta: la Commissione ha precisato che «such injury to a teenager boy is unacceptable whoever were to inflict the punishment, be it *parent* or *teacher*» ([101]); e si tratta di un'importante precisazione poichè induce a ritenere che anche per le punizioni corporali inflitte dai genitori valga quanto sin qui acquisito dagli organi di Strasburgo. Questo, tanto più che un simile orientamento trova ora, nell'art. 19 della Convenzione di New York, motivo di conforto precisamente sul punto della protezione dei minori da trattamenti inumani e degradanti. La Convenzione sui diritti dei minori prevede infatti che gli Stati siano tenuti ad adottare «misure appropriate» (anzitutto di carattere legislativo) per proteggere i minori da qualsiasi forma di violenza, danno o abuso fisico, trascuratezza o trattamento negligente, maltrattamento o sfruttamento sessuale in ambito familiare: mentre si trovano, cioè, sotto la tutela dei genitori, del tutore legale o di chi comunque se ne prenda cura.

([98]) Costello-Roberts case, cit., **par.** 36, p. 61.
([99]) *Ibidem,* **par. 32, p.** 60.
([100]) *Ibidem,* **p.** 64.
([101]) **Cfr.** Opinion of the European *Commission,* in *Eur. Cour.* H.R., Y case, cit., **par.** 44, **p.** 14.

Per la verità, proprio sotto il profilo di interventi legislativi che mirino a tutelare il minore dall'uso da parte dei genitori di punizioni corporali e della valutazione della conformità ai diritti che la Convenzione europea contempla con particolare riguardo ai doveri educativi dei genitori, potrebbe rivelarsi utile una riflessione su un ricorso alla Commissione avente ad oggetto le punizioni corporali inflitte da genitori in famiglia([102]).

Si trattava di un ricorso presentato contro la Svezia da un gruppo di genitori di fede protestante che, conformemente alle loro convinzioni filosofiche e religiose, intendevano ricorrere all'uso di punizioni corporali: in quest'ottica i ricorrenti lamentavano pertanto un'intrusione nella vita familiare, non giustificata dall'art. 8 della Convenzione europea e dall'art. 2 del Primo Protocollo([103]), avendo la Svezia predisposto un insieme di misure legislative a salvaguardia del minore dall'uso di *qualunque* punizione corporale. In particolare, nel caso di punizioni corporali la legislazione svedese aveva infatti predisposto una specifica tutela penalistica e, a partire dal 1979, un emendamento al *Code of Parenthood* aveva finito per vietare, «any form of humiliating treatment» nei confronti dei figli. Sicchè, per effetto di tale legislazione, anche punizioni corporali che si concretizzavano in «slight forms of chastisement», ancorchè non rilevanti dal punto di vista penalistico, finivano comunque per ricadere nel generale divieto previsto dal *Code* of *Parenthood.*

Ebbene, in quell'occasione la Commissione si è orientata ad escludere che tale legislazione si ponesse in contrasto con la Convenzione. Anzi, a ben vedere, la Commissione ha finito per ritenere che il generale divieto previsto dalla legislazione svedese determinasse, da un lato, l'effetto di «encourage a positive review of the punishment of children by their parents»; dall'altro, di «discourage abuse and prevent excesses which could properly be described as violence against children» ([104]). Quanto poi alla repressione

---

([102]) Application n. 8811/79, cit. La Commissione ha successivamente confermato l'orientamento nella decisione del 5 ottobre 1987 (Application n. 12154/86, *Abrahamsson v.* Svezia, non pubblicata) anch'essa relativa ad una punizione corporale inflitta in famiglia per finalità «educative»: nel ricorso alla Commissione, la madre ricorrente aveva prospettato, oltre alla violazione dell'art. 8 e dell'art. 2 del Primo Protocollo, anche la violazione dell'art. 9 della Convenzione europea. Ma la Commissione nel respingere il ricorso si è richiamata in toto alle conclusioni già formulate nell'*Application* n. 8811/79.

([103]) Nell'ottica dei ricorrenti infatti, da un lato, «the present state of Swedish criminal law and the amendment of the Code of Parenthood interfere with their right to respect for private and family life»; dall'altro lato, «the applicants...complain that the amendment of the Code of Parenthood is to be incorporated into the school curriculum in order...to spread the view...amongst their own children, that the applicants'attitude to corporal punishment is outdated, wrong and reprehensible...and such an approach fails to respect the second sentence sentence of Article 2 First Protocol», *ibidem,* rispettivamente alle pp. 110 e 115.

([104]) Ibidem, p. 113.

penale delle «ordinarie» punizioni corporali di minori, la Commissione aveva concluso nel senso che «the scope of the Swedish law of assault and molestation is a normal measure for the control of violence and that its extention to apply to the ordinary chastisement of children by their parents is intended to protect potentially weak and vulnerable member of society» ([105]).

In ultima analisi, per la Commissione nè la repressione penalistica delle punizioni corporali inflitte ai figli, nè previsioni legislative che mirino a scoraggiare anche le punizioni corporali che, ancorchè lievi, producano nel minore umiliazione e sofferenza possono pertanto considerarsi in contrasto con la Convenzione (artt. 8 e 2 del Primo Protocollo in particolare). È lo stesso orientamento che la Convenzione di New York ora rafforza in un'ottica di salvaguardia della dignità umana del minore quando dispone non solo il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 37), ma altresì l'obbligo di adottare (per l'art. 19) misure legislative, oltre che amministrative e sociali, a protezione dei minori da violenze, maltrattamenti e abusi all'interno della famiglia, o provenienti da chi, a diverso titolo, se ne prenda cura.

9. – In tema di privazioni di libertà di minori assumono particolare rilievo le sentenze della Corte europea nei casi *Bouamar* ([106]) e *Nielsen* ([107]), riguardanti entrambe privazioni di libertà dei minori: ma, per la verità, se la limitazione di libertà è il loro elemento comune, vi è ugualmente tra loro una differenza determinante.

Nel caso *Nielsen* la privazione di libertà conseguiva infatti all'internamento d'un minore senza il suo consenso in ospedale psichiatrico, su richiesta della madre come unica titolare della potestà parentale, in accordo con i servizi sociali e con il primario della struttura ospedaliera. Si è trattato di un caso delicato, in cui la Commissione s'è spinta sino alla valutazione del problema dell'applicabilità dell'art. 5 della Convenzione anche a privazioni di libertà determinate dall'esercizio della potestà parentale senza un'adeguata reazione delle autorità statali. E la Corte, dal canto suo, dopo aver precisato che l'art. 5 non era applicabile al caso «in so far as it is concerned with deprivation of liberty by the authorities of the State», aveva ritenuto che rimaneva da trattare la questione «whether the Article is applicable in the circumstances of the present case in regard to such restrictions

---

([105]) *Ibidem*, p. 114.

([106]) *Eur.* Court H.R., *Bouamar* case, cit.

([107]) Eur. Court. H.R., Nielsen case, cit. Sull'internamento di minori in ospedali pschiatrici cfr. il caso Andersson, cit., anch'esso riguardante la privazione di libertà di un minore disposta, a differenza del caso in esame, dai servizi sociali in regime di affidamento.

on the applicant's liberty as resulted from the exercise of the mother's parental rights» ([108]).

Diversamente, nel caso *Bouamar:* qui infatti la privazione di libertà del minore (per un totale di 119 giorni) conseguiva a detenzioni disposte dall'autorità belga (*placement orders)* nel quadro di un programma educativo inteso a sorvegliare l'educazione del ricorrente. All'epoca vigeva infatti in Belgio, nei confronti dei minori che avessero commesso reati, un regime di sorveglianza che prevedeva la loro assegnazione — pur prowisoriamente e per brevi periodi — in case di custodia in tutt'i casi in cui non si riusciva a trovare un privato o un'istituzione pubblica in grado di accogliere il minore ([109]).

Esperiti i rimedi interni, il ricorrente aveva proposto ricorso alla Commissione lamentando, da un lato, la violazione dell'art. 5.1 lett. d della Convenzione, e dall'altro la violazione dell'art. 5.4. E la Corte, confermando l'orientamento della Commissione, aveva finito per ritenere che le detenzioni del ricorrente non potessero considerarsi adottate nel quadro di un programma educativo, dunque «legittime» *ex* art. 5.1 lett. d della Convenzione. Secondo la Corte, cioè, la scelta belga d'intraprendere un sistema d'educazione sorvegliata in materia di delinquenza minorile, andava completata con la creazione di strutture adeguate allo scopo rieducativo dal momento che — precisa la Corte — «the detention of a young man in a remand prison in conditions of virtual isolation and without the assistance of staff with educational training cannot be regarded as furthering any educational aim»; conseguentemente, «the nine placement orders...were not compatible with sub-paragraph d...their fruitless repetition had the effect of making them less and less under sub-paragraph d» ([110]).

In definitiva, la presa di posizione della Corte in favore della protezione dei minori ha sostanzialmente anticipato quanto la Convenzione di New York ora prevede all'art. 40; secondo questa disposizione gli Stati possono scegliere di non sottoporre a regime penalistico i minori dotandosi, allora, di strumenti «alternativi» al trattamento istituzionale quali la tutela, l'affidamento e la supervisione: comunque deve sempre trattarsi di strumenti con cui si persegue il *benessere* dei minori.

Egualmente attenta alla salvaguardia dei diritti dei minori risulta la conclusione della Corte in ordine alla pretesa violazione dell'art. 5.4 della Convenzione derivante, per il ricorrente, dall'impossibilità di poter proporre ricorso avverso i prowedimenti restrittivi della libertà personale, che per ben nove volte avevano determinato la detenzione di Bouamar in case

---

([108]) *Nielsen* case, *cit.,* **par.** 64, p. **24.**
([109]) **Cfr.** *Bouamar* case, cit., pp. 8-18, **spec. 13-14.**
([110]) *Ibidem,* **par. 52,** p. **22.**

di custodia ([111]). Pure a tale riguardo la posizione della Corte appare in sintonia con l'art. 37 lett. d della Convenzione di New York: secondo questa disposizione ogni minore privato della libertà deve avere il diritto di disporre immediatamente di un'assistenza legale (o di altro genere) nonchè il diritto di contestare la legalità del prowedimento davanti ad un tribunale od altra autorità competente, indipendente e imparziale; da ultimo, il diritto a una rapida decisione.

Ebbene, nell'accogliere il ricorso nel caso *Bouamar* anche sotto il profilo della violazione dell'art. 5.4 della Convenzione europea, la Corte ha rilevato non solo che il mancato rispetto delle esigenze di rapidità previste da tale norma, ma altresì che non era stato adeguatamente tutelato il diritto del ricorrente a godere di una effettiva assistenza dei suoi avvocati: «in the case of the present kind, it is essential not only that the individua1 concerned should have the opportunity to be heard in person but that he should also have the effective assistance of his lawyer...the mere fact who was very young when he appeared in person before the Court did not, in the circumstances of the case, afford him the necessary safeguards» ([112]).

10. - Resta da considerare la questione delle privazioni di libertà di minori per effetto di decisioni conseguenti all'esercizio dei poteri parentali. Come si anticipava, è questione esaminata nel caso *Nielsen* riguardante l'internamento di un minore in un reparto di psichiatria infantile di un ospedale pubblico per la durata di alcuni mesi, deciso dalla madre contro il volere del figlio, ma in accordo con la Commissione per la difesa sociale danese.

Per il ricorrente la privazione di libertà conseguente all'internamento derivava anche — se non in via esclusiva dall'esercizio da parte della madre dei poteri parentali — e andava considerata come una violazione nei suoi riguardi dell'art. 5 della Convenzione europea. La Commissione, nell'accogliere il ricorso precisava però che, da un lato, la decisione sul ricovero del ricorrente era imputabile al primario dell'ospedale e non alla madre che vi aveva semplicemente concorso([113]); dall'altro, rawisava nell'ospedalizzazione del minore una privazione di libertà non compatibile

---

([111]) Sui rapporti tra l'art. 5.4 e 13 della Convenzione europea, v. le conclusioni della Corte al par. 65, p. 25.

([112]) *Ibidem,* par. 60, p. 24.

([113]) Cfr. l'opinione dissenziente, sul punto, di Frowein annessa all'*Opinione* della Commissione nel caso *Nielsen,* cit., p. 46 che esclude l'applicabilità al caso dell'art. 5.1, seconda parte ma ravvisa nella mancanza di una specifica procedura «with sufficient formal safeguards for the placement of minors in psychiatric hospitals by their parents» un contrasto «with the positive obligation flowing from Art. 5 par. 1, first sentence, for the State to protect the liberty of all citizens including children».

con la Convenzione europea. Ancora, per la Commissione, la circostanza che al minore non fosse consentito «to take proceedings by which the lawfulness of the committal could be decided speedily by a court» appariva in contrasto con il comma 4 dello stesso art. 5 della Convenzione ([114]).

Dal canto suo la Corte, pur avendo avuto cura di precisare che «the rights of the holder of parental authority cannot be unlimited and that it is incumbent on the State to provide safeguards against abuse», concludeva nel senso che l'internamento del minore andava considerato alla luce del «responsible exercise by his mother of her custodia1 rights in the interest of the child» ([115]): una dimensione, quindi, squisitamente interpersonale tra madre e figlio. Solo che per la Corte, al di là della ipotizzata — ma poi non valutata — riferibilità dell'art. 5 anche alle ipotesi di privazioni di libertà attribuibili a privati, l'internamento di Nielsen non rappresentava una privazione di libertà ai sensi di tale disposizione: «the restrictions to which the applicant was subject were no more than the normal requirements for the care of a child of 12 years of age receiving treatment in hospital...where children with physical disorders are treated» ([116]). E proprio sul punto, la differenza rispetto alla conclusione della Commissione e all'opinione dei giudici dissenzienti è netta. In effetti, nell'ottica della Commissione, l'attenta e puntuale riconsiderazione delle circostanze del caso dimostrava che l'internamento di Nielsen aveva dato luogo ad una privazione di libertà dal momento che si era trattato di un'ospedalizzazione di minore non affetto da *handicap* mentale disposta contro il suo volere; in maniera conforme si erano, del resto, espressi anche i sette giudici dissenzienti secondo i quali, nel condividere la conclusione della Commissione, la responsabilità dello Stato sarebbe derivata da ciò: che «it not only tolerated it, but also associated itself with it through the action and assistance of its organs and officials» ([117]).

([114]) Questa la conclusione della maggioranza della Commissione, *ibidem,* parr. 102 ss; cfr., sul punto della violazione dell'art. 5.4, l'opinione dissenziente di Frowein, cit., p. 47, secondo il quale «as to Art. 5.4, no violation can be established since the deprivation of liberty with has taken place does not fall under Art. 5, par. 1, second sentence. Paragraph 4 applies only to deprivations of liberty by a public authority». Per Frowein nei casi come quello in esame in cui v'è conflitto tra genitori e figli «the requirement of consent by a court or a special authority for the placement in a closed institution seems to be the appropriate procedure in that respect»: preferibile, senz'altro, alla scelta della maggioranza della Commissione di accordare la possibilità al minore di «bring proceedings even against the will of the holder of the right to care and custody» dal momento che ciò comporterebbe la creazione di diritti «which are supposed to be exercised individually by very young children».

([115]) Euy. *Court* H.R., Nielsen case, cit., parr. 72 e 73, pp. 26 e 27.

([116]) *Ibidem,* par. 72, p. 26.

([117]) Cfr. Joint dissenting Opinion *of Judges Thór Vilhjálmsson, Pettiti,* Russo, *Spielmann,* De Meyer, *Carrillo Salcedo* and Valticos, in Eur *Court H.R.,* Nielsen case, cit., p. 28.

A ben vedere, la vicenda Nielsen evidenzia una particolare sensibilità della Commissione nella tutela del diritto del minore al rispetto della libertà personale in relazione all'esercizio dei diritti parentali: è quanto emerge da quanto sin qui detto e, in maniera decisiva, dalla decisione della Corte di non occuparsi della questione relativa alla violazione dell'art. 5.4 mentre invece, proprio sul punto, la Commissione aveva precisato che «although the applicant was only 12 years old, it would not be impossible to have a system under which he could have been legally represented in proceedings of this kind..many legal systems provide for the appointment of a guardian ad *litem* in cases where there is a conflict of interests beetwen a minor and his ordinary guardian» ([118]). E nello stesso senso si orienta, del resto, il progetto di Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 10 novembre 1994; richiamandosi, nel Preambolo, alla Convenzione di New York e in particolare al suo art. 4 che impone agli Stati l'obbligo di adottare ogni appropriata misura legislativa, amministrativa e d'altro genere per attuare i diritti in essa contemplati, il progetto sottolinea la necessità che i minori «should have the opportunity to exercise their rights, in particular in family proceedings affecting them» ([119]).

Infine, non va dimenticato che la Commissione nell'esaminare il caso si era soffermata a considerare il delicatissimo problema del consenso del minore ad un trattamento pschiatrico che comporti l'isolamento. E anche in ordine a tale questione l'orientamento della Commissione era nel senso della piena salvaguardia dei diritti del minore: benchè, infatti, essa avesse affermato che «any specific age should not as such determine a minor's ability to understand the situation», nonostante ciò «the will and wishes of a 12-year-old child are important factors» pure «in regard to far less drastic steps than placement in a pychiatric ward» ([120]). Sicchè, in quest'ordine d'idee, poichè per la Commissione ci si trovava di fronte ad un dodicenne normalmente sviluppato «who was capable of understanding his situation and to express his opinion clearly...the consent from the holder of the parental rights is not decisive»([121]). A ben vedere, è una presa di posizione che anticipa la Convenzione di New York sui diritti del minore laddove, all'art. 12, ne riconosce il diritto ad esprimere liberamente le poprie opinio-

---

([118]) Opinion of the European *Commission,* cit., par. 137, pp. 44-45.

([119]) Una necessità già ribadita nell'Opinione parzialmente dissenziente del giudice Pettiti approvata dai giudici Matscher e Russo, *Olsson* case n, 2, cit., p. 46: «it is to be regretted that reference was not made to the United Nations Convention on the Right of the Child so as to permit the intervention of the children assisted by their lawyers, who could have played a useful role as mediators». Sul citato progetto di convenzione, v. *infra,* III.

([120]) *Ibidem,* par. 126, p. 42.

([121]) *Ibidem,* par. 128, p. 43.

ni, prevedendo che in tutti i procedimenti giuridiziari o amministrativi che coinvolgono un minore questi debba essere sentito direttamente o indirettamente per mezzo di un rappresentante; conformemente, fra l'altro, al progetto di convenzione sull'esercizio dei diritti del minore che è nel senso, per l'appunto, del riconoscimento ai minori — come si legge nel Preambolo — del diritto a che «due weight should be given to the views of children», secondo i «procedural rights» in esso specificati (122).

11. – Sono numerose le ipotesi in cui, davanti alla Commissione e alla Corte europea dei diritti umani, s'è posta la questione della violazione nei riguardi del minore dell'art. 8 della Convenzione, vuoi sotto il profilo del rispetto della *vita privata* del minore come nel caso *Costello-Roberts* (123), vuoi sotto il profilo del rispetto della sua *vita familiare* come nei casi *Eriksson* (124), *Andersson* (125) e *Bulus* in materia di espulsione (126).

In particolare, è vero che del rispetto della vita privata di minori s'era discusso già nel caso rigurdante l'abuso sessuale di minorenne (caso X e *Y*(127)) oltre che nei casi d'inflizione di punizioni corporali (128). Ma è con il ricorso di una minorenne fuggita di casa e che invocava l'art. 8 della Convenzione a tutela della sua privata, in contrasto e opposizione con i genitori (129), che s'è posta in tutta evidenza la delicatissima questione dell'utilizzabilità dell'art. 8 nel contesto delle relazioni tra minori e genitori (130). D'altro canto la Commissione, pur prospettando la possibilità che il desiderio della ricorrente di trascorrere un certo periodo con il suo ragazzo «could constitute private life», non ha affrontato la questione dell'incidenza dell'art. 8 sulla tutela della vita privata nelle relazioni tra minorenni ma si è limitata a precisare che anche la tutela della vita privata della minore non poteva non combinarsi — è evidente — con le eccezioni del par. secondo

---

(122) Sul punto v. oltre, III.
(123) *Eur. Court* H.R., Costello-Roberts case, cit., parr. 33-36 in particolare.
(124) *Eur. Court* H.R., *Eriksson* case, *Judgment of 22 June 1989,* Series A, n. 156.
(125) *Ibidem,* pp. 3 ss.
(126) Application n. 9330181, Bulus v. Sweden, cit.
(127) *Eur. Court* H.R., X e Y case, cit., pp. 13 ss.
(128) Cfr, **ad** es., Application n. *10592/83,* cit.; v., insieme, le sentenze della Corte nei casi Costello-Roberts, cit., e Y v. the United *Kingdom,* cit.
(129) Cfr. Application n. *6753/74,* X. and Y. v. *Netherlands,* Decision of 19 *December* 1974, in Decisions and Reports, n. 2, pp. 118 ss.
(130) Non sono d'altra parte mancati casi in cui i genitori hanno agito processualmente a tutela della vita privata del figlio minorenne: oltre ai casi citati sub nota **76,** cfr., Application n. *10435/83, Roger Acmanne* and others v *Belgium,* Decision of *10* December 1984, Decisions and Reports, n. 40, pp. 251 ss.; Application n. *8542/79,* Godfrey v. the United *Kingdom,* Decision of 4 *February* 1982, *ibidem,* n. 27, pp. 94 ss.; Application n. *11674/85,* Stevens v. the United Kingdom, Decision of 3 March 1986, *ibidem,* n. 46, pp. 254.

dell'art. 8 oltre che, più in generale, con la necessità di rispettare comunque la vita familiare dei genitori (131).

E che si tratti di un conflitto di non univoca soluzione lo dimostra, del resto, l'orientamento assunto dalla Commissione in ordine ad un ricorso proposto da genitori che lamentavano il non intervento delle autorità nel ricondurre forzatamente a casa una minorenne fuggita di casa (132): in quell'occasione, per la Commissione, la decisione delle autorità locali, ponderata alla luce di analoghe esperienze, di cercare di mantenere contatti adeguati con la minore *fuori casa* bastava ad escludere la sussistenza di una violazione della Convenzione europea verso i genitori stessi (133).

Nessun automatismo, dunque, ma un bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco poichè nelle relazioni minori-genitori il diritto del minore al rispetto della propria vita privata assume contorni non definibili a priori dovendosi fra l'altro combinare con i limiti derivanti, in particolare, dal rispetto dei diritti altrui (134). È quanto del resto prova l'orientamento della Commissione nel caso *Costello-Roberts* quando nel precisare che «the concept of private life covers the physical and moral integrity of a person», si è richiamata al caso X e Y per affermare che l'art. 8 «is not only concerned with protecting the individua1 against arbitrary interference by public authority, but also extends to certain positive obligations upon the State, which may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life *even in the sphere of relations of individuals between themselves*» (135).

Ma va da sé che, allorchè sorga un conflitto tra genitori e minori derivante dal fatto che il minore ritiene violato il proprio diritto fondamentale al rispetto della vita privata, deve essergli assicurata — e in questo senso del resto dispone il progetto di convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori — la possibilità di tutelarsi giudizialmente (o in altre forme) verso i genitori stessi (136).

Codesta è, invero, la dimensione che la Convenzione di New York ora rafforza avendo, da un lato, attribuito al minore *come tale* il diritto al ri-

---

(131) Application n. 6753174, cit., p. 119.

(132) Cfr. Application n. 6854174, X. v *Denmark,* Decision of *29 September* 1976, Decisions and Reports, n. 7, pp. 81 ss.

(133) In particolare, per i genitori ricorrenti, la decisione delle autorità di non ricondurre forzatamente a casa la figlia si sarebbe tradotta in una violazione degli artt. 8 e 2 del Primo Protocollo.

(134) L'art. 8 della Convenzione europea precisa, al par. 2, le eccezioni al diritto. Sui limiti generali all'esercizio dei diritti dei minori v. FORLATI, Libertà del minore, cit., pp. 25 ss.

(135) Costello-Roberts case, cit., p. 71.

(136) **V.** oltre III.

spetto della vita privata (137); d'altro canto prevedendo, all'art. 4, che gli Stati adottino tutte le misure per assicurare i diritti che la Convenzione di New York contempla. E la previsione dell'istituzione d'un rappresentante nel caso di conflitto minori-genitori — come secondo il progetto di convenzione sull'esercizio dei diritti del minore — risponde, per l'appunto, all'esigenza di salvaguardare effettivamente anche il diritto del minore al rispetto della propria vita privata.

12. – Del diritto del minore *in quanto tale* al rispetto della sua vita familiare (138) gli organi di Strasburgo si sono occupati in diverse occasioni relativamente a ricorsi proposti da genitori anche in nome dei minori rappresentati (139) ovvero, come nel caso *Bulus,* da minori direttamente, a prescindere dalla rappresentanza processuale dei genitori (140).

La questione del rispetto della vita e dei legami familiari del minore è risultata anzitutto decisiva nei ricorsi riguardanti la discriminazione tra figli legittimi e naturali esistente nelle legislazioni di alcuni degli Stati contraenti della Convenzione, A partire dal caso *Marckx* (141), la Commissione e la Corte si sono infatti occupate delle discriminazioni tra figli legittimi e naturali, anche ai fini dei diritti di successione, nei casi *De* Mot (142), *Jolie* (143), *Inze* (144),

---

(137) Cfr. l'art. 16 e l'art. 40.2 b VII della Convenzione di New York sul rispetto della privacy del minore in tutti gli stadi del procedimento penale. L'art. 16, a differenza dell'art. 8 della Convenzione europea non contempla alcuna eccezione e anzi precisa che il minore ha diritto alla protezione da ingerenze e illeciti attentati al suo onore e alla sua reputazione: sui limiti v. ancora FORLATI, Libertà del minore, cit., pp. 25 ss.

(138) Sulla nozione di vita familiare elaborata dagli organi di Strasburgo si vedano, ad es., oltre ai casi citati *infra,* le conclusioni della Commissione in *Application* n. 9146180, A. *v. U.K.,* Decision of *13 October* 1986, non pubblicata e, insieme, le conclusioni della Corte nel caso Kroon (v. supra nota 74). Cfr., altresì, ENRICH MAS, *The* Protection *of minors,* cit., pp. 2-4.

(139) V. il caso Eriksson, Eur. *Court* H.R., cit., ove i motivi di ricorso della madre e della figlia sono separatamente indicati e separatamente valutati dalla Corte e nell'Opinione parzialmente dissenziente dei giudici Thór Vilhjálmsson e al., *ibidem,* p. 35.

(140) Application n. 9330181, cit.; più precisamente, il ricorso era stato proposto congiuntamente dai tre fratelli Bulus, ma la Commissione aveva dichiarato ammissibile il ricorso esclusivamente nei riguardi del minore Abdulrnassih.

(141) *Eur. Court.* H.R., *Marckx* case, cit.

(142) Application n. *10961/84,* De Mot v. *Belgium,* Decision of *13* May 1986, in Decisions and Reports n. 47, pp. 204 ss.

(143) Application n. 11418/85, Jolie *v, Belgium,* in Decisions and Reports, n. 53, pp. 65 ss.

(144) *Eur. Court* H.R., *Inze* case, cit.

Johnston ([145]) e, da ultimo, nel caso *Kroon* ([146]): e in tutti questi casi, gli organi di Strasburgo hanno concluso che vi era stata violazione nei confronti del minore dell'art. 8 della Convenzione europea sotto il profilo, per l'appunto, del non rispetto della sua vita e dei suoi legami familiari.

Ora, il diritto alla registrazione del minore alla nascita, il diritto al nome e il diritto a conoscere e ad essere accudito dai propri genitori non sono contemplati come tali dalla Convenzione europea, a differenza della Convenzione di New York ([147]) e di altre convenzioni internazionali sui diritti umani. Ma, a ben vedere, si tratta di diritti che — nella ricostruzione della Commissione e della Corte — sono comunque riconducibili anche alla Convenzione europea là dove è contemplato il diritto al rispetto della vita familiare. È quanto sembra emergere dalla conclusione della Commissione nei ricorsi nn. 7823/77-7824/77 secondo cui «the failure to issue a birth certificate may imply an interference with the right to respect for family life» ([148]); del resto, anche nel caso Marckx la Corte ha espressamente affermato che il rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione implica il diritto del minore ad essere registrato alla nascita senza particolari formalità ([149]). Di recente poi la Corte, nella sentenza *Keegan* v. Ireland ([150]), nel riferirsi al caso Marckx si è espressamente richiamata all'art.

([145]) *Eur. Court* H.R., Johnston case, cit.,

([146]) Eur. *Court*. H.R., Case of Kroon and others, *Judgment* of *27 October* 1994, Series A, n. 297-C. Particolarmente rilevanti, sotto il profilo dell'individuazione della nozione di vita familiare, risultano le conclusioni della Corte al par. 30: «the notion of family life..is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de *facto* «family ties» where parties are living together outside marriage...Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create «family ties»; such is the case here, as since 1987 four children have been born. A child born of such a relationship is ipso iure part of that «family unit» from the moment of its birth and by the very fact of it».

([147]) Cfr. **artt.** 7 e 8; su tali questioni v. BOUCAUD, The *Council of Europe,* cit., p. 10.

([148]) Decision of 6 *July* 1977, Kalderas Gipsies and Tziganes Kalderas, in Decisions and Reports, n. 11, pp. 221 ss.

([149]) *Marcks* case, cit., p. 15: «as envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family»; v. inoltre le conclusioni della Corte a pp. 16-20.

([150]) Cfr. Eur. *Court* H.R., Keegan case, cit., par. 50. Di recente, poi, la Commissione ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto ex art. 8 della Convenzione rigurdante la decisione delle autorità francesi di non registrare una minore con il nome prescelto dai genitori: Application n. 22500/93, *Marie* Lassauzet and *Gérard Guillot* v. France (cfr. Council of Europe, *Information* note n. 122 on *the* 249th Session of the European *Commission of Human* Rights, doc 520(94) 16.11.94) dichiarato ammissibile dalla Commissione che ha ritenuto (14 voti a 10) non sussistente la violazione dell'art. 8 (cfr. European *Commission* of *Human* Rights, *Information* Note n. 126, 300(95), 13.6.95).

7 della Convenzione di New York là dove attribuisce al minore il diritto di conoscere i propri genitori e di essere accudito.

Il rispetto della vita e delle relazioni familiari del minore assumono una importanza decisiva in tutt'i casi in cui venga in rilievo la separazione del minore dai genitori o da un genitore naturale: è quanto si verifica nei casi di affidamento di minori ai servizi sociali con conseguente limitazione (o esclusione) dal diritto di visita dei genitori naturali.

Ora, la Convenzione di New York sui diritti dei minori privilegia nettamente il mantenimento dei legami familiari del minore con i genitori naturali (art. 8), sino a prevedere che la separazione dai genitori non possa mai avvenire contro la volontà del minore coinvolto, ad eccezione dei casi in cui le autorità competenti stabiliscano — sotto controllo giurisdizionale — che la separazione è necessaria al raggiungimento del predominante *interesse e benessere* del minore (art. 9). In ogni caso la Convenzione, oltre a prevedere che tutte le parti interessate debbano avere la possibilità di partecipare al procedimento, dispone nel senso che si debba rispettare il diritto del minore separato da uno o entrambi i genitori di mantenere relazioni personali con i medesimi, salvo che ciò risulti contrario al predominante interesse del minore stesso (151).

Della separazione del minore dai genitori naturali per effetto dell'intervento dei servizi sociali, gli organi di Strasburgo hanno avuto occasione di occuparsi in diverse occasioni. A parte i casi — che andranno valutati ad altri fini (152) — proposti da genitori in via esclusiva (153), nei ricorsi *Eriks-*

---

(151) Cfr. art. 9 della Convenzione di New York.

(152) V., *infra*.

(153) Come, ad es, rimanendo nell'ambito delle questioni connesse all'affidamento ai servizi sociali di minori, nei casi Olsson n. 1 (Eur. Court H.R., *Judgment* of 24 *March* 1988, Series A, n. 130) e Olsson n. 2, cit.: nei due ricorsi infatti solo i coniugi Olsson, e non anche i figli minori, sono ricorrenti. E ricorrenti sono i soli genitori anche nell'*Application* n. 2178193, *Corralyn* Roberts v. *U.K.* (v. riferimenti in European *Commission* of *Human* Rights, *Information* note no.123 on the 250th and *251st* Session of the European *Commission,* 88(95) 16.2.95) pure rigurdante l'affidamento ai servizi sociali dei tre figli dei ricorrenti; sul punto v. pure, l'*Application* n. 2107193, X v. Sweden, (riferimenti *ibidem*) concernente la decisione delle autorità nazionali di disporre l'affidamento di un minore al solo fine di potergli asportare un tumore, non avendo i genitori prestato il loro consenso. Ancora, cfr. la decisione della Corte europea del 24 febbraio 1995, Case of *McMichael* v. *U.K. Judgment* of *24 February* 1995, Series A, n. 307-B, che ha concluso per la violazione dell'art. 8 (e dell'art. 6.1, per la ricorrente Mrs McMichael) «asa result of their inability to have sight of certain documents submitted in legal proceedings determining the custody and access arrangements in regard to their son who have been taken into the care of the local authority». Sull'affidamento dei minori cfr. Council of Europe, Report on the replies of *governments* to the *enquiry* under Art. 57 of the European Convention on *Human* Rights *concerning* the *implementation* of the European *Convention* on *Human* Rights in *respect* of children and *young* persons placed in care or in institutions *following* a decision of the *administrative* or judicial authorities, by EEKELAAR and DINGWALL, *Strasbourg,* 21 October 1987, AHRHSG1.87.

son (154) e *Andersson* (155) s'è posta la questione della violazione del diritto del minore *come tale* al rispetto della sua vita familiare e dei legami con i genitori naturali.

In particolare, a giudizio della Corte, l'affidamento di un minore ai servizi sociali non pone fine alle relazioni familiari con i genitori naturali (156). Le decisioni assunte dalle autorità nel quadro dell'affidamento — nonchè, in ipotesi, le limitazioni alle comunicazioni epistolari e telefoniche tra il minore e il genitore naturale (157) — interferiscono pertanto con il diritto del minore (come pure dei genitori) al rispetto della vita familiare: e una tale ingerenza viola l'art. 8 salvo che, ((prevista dalla legge», persegua uno dei fini legittimi di cui al par. 2 e appaia «necessaria»in una società democratica (158). In quest'ottica, la Corte — come del resto la

---

(154) *Eur. Court* H.R., Eriksson case, cit. Il caso aveva tratto origine dalla decisione delle autorità svedesi di non aver agito in vista della riassunzione della minore nella potestà del genitore naturale e, più in generale, di non aver favorito ma anzi osteggiato, la riunificazione con la minore Lisa dopo che quest'ultima era stata affidata ai servizi sociali e da questi ultimi assegnata ad una famiglia affidataria. Nel ricorso alla Corte, la madre «acting as daughter's legal guardian and natural parent alleged daughter had been victim of same violations as herself»; la Corte, dal canto suo, aveva separatamente esaminato le doglianze della minore, concludendo per la violazione, anche nei confronti di quest'ultima degli artt. 8 e 6.1.

(155) *Eur. Court* H.R., cit. Anche il caso in esame aveva tratto origine dalla decisione delle autorità svedesi di disporre l'affidamento immediato e temporaneo del minore Roger per permetterne il ricovero in una clinica psichiatrica per minorenni, in considerazione del rifiuto della madre di collaborare con i servizi sociali. Dopo il ricovero disposto dalle autorità e confermato dal tribunale amministrativo, il minore era fuggito dalla clinica per raggiungere la madre; in seguito a ciò veniva decisa l'adozione di misure che, per ben due anni, finirono per limitare — se non escludere — i contatti tra Roger e la madre, La Corte concludeva nel senso della violazione, per i ricorrenti dell'art. 8 della Convenzione europea, sotto il profilo delle limitazioni al diritto di visita e di corrispondenza. Sulla pretesa violazione dell'art. 13 della Convenzione, v. *infra,* III.

(156) Cfr. Eriksson Case, cit., p. 24, par. 58 e Andersson case, *cit.*,p. 25, par. 72. Del diritto di visita del genitore nei confronti del figlio gravemente handicappato e affidato ai servizi sociali s'è occupata la Commissione (Decision of 3 *July* 1992, Decisions and Reports, n. 73, pp. 27 ss.) che ha precisato come, al fine di verificare se vi sia violazione del diritto del ricorrente occorre valutare la natura dei rapporti tra genitore e figlio e «la capacité de celui-ci à exprimer ses préférences».

(157) Le restrizioni nei contatti tra figlia e madre naturale disposte dalla autorità statali nel caso Eriksson, oltre ad incidere sul rispetto delle relazioni familiari delle ricorrenti, incidevano pure sul rispetto dell'art. 6 della Convenzione. A giudizio della Corte infatti, l'impossibilità per le ricorrenti di un «judicial review against a decision by the Social Council to restrict access», dava pertanto luogo ad una violazione dell'art. 6 della Convenzione anche nei confronti della figlia rappresentata (cfr. Eriksson case, cit., p. 31, par. 92).

(158) V. *Eriksson* case, cit., p. 24, par. 58 e Andersson case, *cit.*,p. 21, par. 73. V. inoltre le conclusioni della Commissioni nell'*Application* n. 12805/87, Ewa and *Katarzyna* Nowacka *v.* Sweden, Decision of 13 May 1989, in Decisions and Reports, n. 62, pp. 212 ss.

Commissione ([159]) — hanno per l'appunto affermato che il rispetto della vita familiare del figlio implica un diritto a che le autorità statali debbano adottare misure in vista della *riunificazione con il genitore naturale* ([160]). E in tal modo sostanzialmente si anticipa e si conferma la Convenzione di New York che — s'è detto — privilegia senz'altro il mantenimento dei rapporti con i genitori naturali ([161]).

Infine, il rispetto della vita familiare del minore ha assunto un ruolo decisivo anche nei ricorsi riguardanti i casi di espulsione o di rifiuto delle autorità nazionali di concedere (o rinnovare) il permesso di soggiorno a stranieri.

In effetti la Convenzione europea non contempla un diritto per lo straniero di entrare e di stabilirsi in uno Stato contraente come pure il diritto a non essere espulso, se non nei limiti del Quarto Protocollo ([162]); ma, per consolidata giurisprudenza degli organi di Strasburgo, il rifiuto del permesso di soggiorno o l'espulsione contro le ragioni d'un sicongiungimento familiare può, ciononostante, comportare la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, in tutt'i casi da ciò derivi l'interruzione o l'impossibilità di ricostituire i legami familiari stessi ([163]).

([159]) Cfr., Eriksson case, cit., Opinion of tke Commission, p. 54, par. 266 «it is not the Commission's task to express an opinion on whether the best solution for Lisa...would be to stay with the foster parent, or to be transferred to her mother. However, the Commission considers that it follows from the mutual nature of family life that the inadequate measures taken for the reunification of the applicants and the uncertainty which has prevailed for many years constitute a violation not only of the mother's rights but also of Lisa's right to respect for family life as guaranteed by Art. 8 of the Convention».

([160]) Cfr. Eriksson case, cit., par. 89, Andersson case, cit., p. 30, par. 91 e *Olsson* case n. 1, cit., pp. 36-37, par. 81. V. altresì l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pettiti condivisa dai giudici Matscher e Russo, *Olsson* case, n. 2, cit, pp. 44 ss secondo cui nei casi di separazione dai genitori naturali si devono adottare misure elastiche, poichè in tali situazioni «it is necessary to seek to organise more and more meetings, to educate the children and the parents, to defuse conflicts.It is unfair to give priority to the obstinacy of the children and the foster family».

([161]) Certo è che l'azione dei servizi sociali in vista del mantenimento delle relazioni con il genitore naturale non può spingersi a tal punto da infrangere o compromettere le relazioni del minore con la famiglia affidataria, poichè ciò potrebbe comportare una violazione «of the rights of the child under art. 8 of the Convention» (Cfr. Dissenting Opinion of *Mr. Schermers, Rieme* case, Judgment of 22 *April* 1992, Series A, n. 226-B, pp. 83-84).

([162]) Per un caso riguardante il rimpatrio collettivo di 199 bambini vietnamiti proposto dal ricorrente alla luce del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 del Quarto Protocollo v. l'*Application* n. 7011/75, Becker *v. Denmark,* Decision of 3 October 1975, in Decisions and Reports, n. 4, pp. 215 ss.

([163]) Cfr., tra gli ultimi casi sottoposti a giudizio della Corte europea, Eur. *Court H.R., Moustaquim* case, Judgrnent *of 18 February* 1991, *Series* A, vol. 193 p. 27, par. 50; nell'opinione dissenziente del giudice Soyer, condivisa dai giudici Sperduti e Busuttil, si rinviene, fra l'altro, un riferimento all'art. 29 della Dichiarazione universale operato a fini interpretativi dello «spirit» della Convenzione europea (*ibidem,*

Quanto all'espulsione va detto che, dal punto di vista del rispetto della vita familiare del minore, rilevano non solo i casi in cui la minaccia di espulsione riguardi direttamente e individualmente — come nel caso di *Abdulmassih Bulus* (164) — il minore; egualmente rilevanti — e la Corte ha, per la verità, avuto occasione di stabilirlo nel caso *Berrehab* (165) — sono, infatti, i casi di esplusione del genitore. Interferenze nella vita familiare del minore sono conseguentemente ipotizzabili anche nei casi in cui il minore, data l'età, sia tenuto a seguire il genitore espulso: non per nulla la Commissione si è orientata a tener conto della cittadinanza dei figli, del loro collegamento con lo Stato in cui hanno vissuto sin dalla nascita (166), dell'età e del loro possibile reinserimento in un nuovo Stato (167).

In un quadro di rispetto per la vita familiare del minore rilevano infine le ipotesi di ricongiungimento con la propria famiglia, anche adottiva, o

---

p. 37). Sull'orientamento della Commissione v. VILLINGER, Expulsion and the right to respect for private and family life *(Article* 8 of the *Convention)*- An *introduc*tion to the *Commission's* case-law, in Protecting *Human* Rights, cit., pp. 657-662.

(164) Application n. 9330181, cit.; v., insieme, l'*Application* n. 23159194, cit.

(165) *Eur.* Court H.R., *Berrehab* case, cit; si vedano insieme le conclusioni della Commissione, Application n. 10730184, Decision of 8 March 1985, in Decisions and Reports, n. 41, pp. 196 ss: «la Commission estime que les liens qui se sont créés et développés entre le premier requérant et l'enfant sont constitutifs d'une vie familiale et que l'expulsion du requérant, en rendant pratiquement impossible la poursuite de contacts réguliers, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de leur vie familiale». Cfr. pure Application n. 12411/86, M. v. the Federal Republic of Germany, Decision of 4 March 1987, ibidem, n. 51, pp. 245 ss.

(166) Cfr. Application n. 8244178, Decision of 2 *May* 1979, in Decisions and Reports, n. 17, pp. 149, spec. p. 155 «as regard the children...they have a right under United Kingdorn law to remain as citizens of that country. If their parents were to be deported this would clearly result in a separation of the family unless the children were to accompany them». Cfr. altresì l'*Application* n. 11278184 X. v. *Net*herlands, Decision of the Commission of 1 July 1985, non pubblicata, rigurdante l'espulsione di un cittadino cinese, sposato con una olandese e padre di due figli, condannato per reati connessi al traffico di droga; Application n. 7729176, P.B.F. Agee v. the United Kingdom, Decision of 17 December 1976, Decisions and Reports, n. 7, pp. 164 ss, Application n. 6357173 X. v, the Federal Republic of Germany, ibidem, n. 3, pp. 77 ss. Da ultimo v. Decision of 7 *April* 1993, in Decisions and Reports, n. 74, pp. 29 V., insieme, VILLINGER, Expulsion and the right to respect, cit., par. 5, p. 659.

(167) Cfr. Application n. 8245178, Decision of 6 May 1981, in Decisions and Reports, n. 24, pp. 98 ss:»...given the tender age of the children, it does not appear that there were any serious obstacles preventing the entire family from returning to India and rejoining the applicant's husband»; v. pure, tra le molte, Application n. 14112/88, Boshra *Khanam* v the United Kingdom, Decision of 14 December 1988, ibidem, n. 59, pp. 265 ss; Application n. 11333185, C. v the Federal Republic of Germany, Decision of 17 May 1985, ibidem, n. 43, pp. 227 ss;

con un solo genitore: è quanto s'è verificato nel ricorsi *Taspinar* ([168]) e *Ahmut* ([169]) e *Gül* ([170]) entrambi riguardanti il rifiuto delle autorità nazionali di concedere il permesso di residenza a minori in costanza della residenza di un genitore nei Paesi Bassi; così come s'era prospettato nel ricorso *Leiwa*kabessy ([171]) proposto da genitori adottivi che si erano visti rifiutare dalle autorità olandesi il permesso d'ingresso per la figlia adottiva. Ma a parte il ricorso *Ahmut,* tuttora pendente, sugli altri la Corte non si è potuta esprimere; il caso *Taspinar* è stato infatti radiato dal ruolo dopo che le autorità nazionali avevano deciso di mutare atteggiamento rendendo possibile il ricongiungimento familiare, nel mentre l'attribuzione della cittadinanza olandese alla minore straniera adottata superava la questione dell'ingresso nei Paesi Bassi.

Resta da dire che per la Convenzione di New York la richiesta di un minore o dei suoi genitori di lasciare o di entrare in uno degli Stati contraenti al fine della *riunificazione* della famiglia deve comunque essere considerata positivamente, in vista d'un risultato umano e rapido. Nel caso, poi, in cui i genitori risiedano in Stati diversi, il minore ha diritto a mantenere relazioni personali regolari e contatti diretti con *entrambi:* e a tal fine è pertanto previsto il diritto del minore e dei genitori di lasciare il proprio Stato e di entrare nel paese di uno degli altri. Sicchè, la realizzazione negli Stati contraenti degli obiettivi fissati dalla Convenzione di New York può consentire il raggiungimento di un elevato grado di protezione dei legami familiari del minore. Al tempo stesso, i principi cui la Convenzione di New York s'informa possono valere a consolidare l'orientamento degli organi di Strasburgo là dove si tratti del diritto del minore al mantenimento dei suoi legami familiari di cui all'art. 8 della Convenzione europea.

13. – S'è trattato sinora dei ricorsi in cui il minore ha assunto la veste di *applicant* — nella maggior parte dei casi processualmente rappresentato — a fronte di decisioni o sentenze degli organi di Strasburgo che si sono

---

([168]) *Application* n. 11026184, *cit.*

([169]) *Application* n. 21702/93, *cit.* Nel settembre del 1995, la Commissione ha trasmesso il caso alla Corte concludendo nel senso dell'esistenza della volazione dell'art8 della Convenzione *(European Commission of Human Right, Information Note,* n. 128, *on the 256th Session,* 476(95) 27.9.95).

([170]) *Application* n. 232187194, *Riza Gul v. Switzerland,* non pubblicato; la Commissione *(Report,* 4 *April* 1995) si è espressa nel senso della violazione dell'art. 8 (14 voti a 10): cfr. *European Court of Human Rights, Press releases issued by the Registrar of the European Court,* 10-13 *October, Reference* n. 525) Dal canto suo la Corte, con sentenza del 19 febbraio 1996, si è espressa per la non violazione dell'art. 8 della Convenzione (cfr., peraltro, l'opinione dissenziente dei giudici Martens e Russo).

([171]) *Application* n. 11041/84, *cit.*

pronunciati sulla violazione di diritti contemplati dalla Convenzione europea anche nei riguardi di minori.

Ma resta ancora da considerare quale sia il grado di protezione di cui il minore gode in rapporto a ricorsi in cui sia in gioco la tutela di diritti altrui, specie sotto il profilo dell'art. 8 della Convenzione. E, sul punto, la giurisprudenza degli organi di Strasburgo appare decisamente e senza oscillazioni ispirarsi al principio-guida che ha informato la Convenzione di New York, in particolare il suo art. 9.2: la salvaguardia in tutti i casi del superiore interesse e/o benessere del minore. È una dimensione per la quale — cioè — le interferenze nella vita privata e familiare dei ricorrenti, legittime ai sensi dell'art. 8, par. 2, risultano motivate proprio sulla base dell'assunto che quando la Commissione «balances the parent's interests with those of the child» sono i bisogni del minore a giocare « a preponderant role» (172).

Certo, anche le esigenze di protezione della salute psichica e fisica del minore, inquadrabili nel par. 2 dell'art. 8, hanno ispirato le decisioni della Commissione pure nei rapporti extra-familiari. Così nei ricorsi ove s'era posta la questione della pretesa violazione dello stesso art. 8 per via di legislazioni nazionali che perseguono penalmente relazioni omosessuali di adulti con minori di diciotto anni (173), la Commissione ha riconosciuto predominanti l'interesse alla salvaguardia del soggetto più debole. Per di più, legislazioni nazionali che vietino relazioni sessuali con ragazze al di sotto dei sedici anni — per quanto intercorse, secondo il ricorrente, a seguito di un «matrimonio» consentito dalla religione islamica (174) — non sono risultate in contrasto con la Convenzione europea se finalizzate alla medesima tutela del minore interessato,

Quanto poi ai ricorsi riguardanti la dimensione familiare del minore essi assumono, per la verità, il maggior rilievo per il principio del suo

---

(172) Application n. 9427/78, *Wim Hendrinks v.* the Netherlands, Report *of* 8 March 1982, in Decisions and Reports, n. 29, pp. 5 ss. A questo principio-guida s'ispira del resto anche la decisione della Commissione in un caso riguardante la legislazione svizzera in tema di cure dentali obbligatorie per i minori in età scolare (Application n. 22398193, J.R., G.P., R.R. and Y.R. *v.* Switzerland, Decision *of 5 April* 1995, *ibidem,* n. 81-A, pp. 61 ss.).

(173) Cfr. Application n. 5935/72, *X.* v. *Federal* Republic *of Germany,* Decision *of* 30 *September* 1975, in Decisions and Reports, n. 3, pp. 46 ss., e Application n. 17279, Zukrigl *v.* Austria, Decision *of* 13 May 1992, in Rivista internazionale dei diritti *dell'uomo,* 1993, pp. 212 ss.

(174) Application n. 11579/85, Janis Khan v. *United Kingdom,* Decision *of* 7 July 1986, non pubblicata. In particolare, per il ricorrente, erano in gioco gli artt. 9, 12 e 14 della Convenzione; ma a giudizio della Commissione «while the applicant's religion may allow the marriage of girls at the age of 12, marriage cannot be considered simply as a form of expression of thought, conscience or religion, but is governed specifically by Art. 12...subject to the interna1 law governing the exercise of this right».

superiore interesse; vanno pertanto rivalutati sotto questo profilo i numerosi ricorsi proposti da genitori separati o divorziati non affidatari della prole e riguardanti l'esercizio del diritto di visita [175], oppure — come nel caso *Hoffman* [176] — l'affidamento della prole: ricorsi proposti comunque sulla base della pretesa violazione del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare [177]. Ebbene, a giudizio della Commissione, codesto rispetto della vita familiare include senz'altro il diritto per il genitore non affidatario di mantenere contatti con la prole che lo desideri o che vi sia ad ogni modo interessata. Solo che tale diritto può essere soggetto a limitazioni in tutt'i casi in cui prevalenti, obiettivi interessi del minore lo esigano: in tali ipotesi infatti l'interferenza viene vista come «nécessaire à la protection des droits de l'enfant, les intérêts de ce dernier l'emportant sur ceux du père» [178] o di uno qualsiasi dei genitori.

---

[175] Ovvero — come nel caso *Boyle (Eur. Court. H. R., Judgment of 28 February 1994, Series A,* n. *282-B,* pp. *23* ss) del diritto di visita dello zio nei confronti del minore posto sotto tutela,

[176] *Eur. Court H.R., Hoffman case, Judgment of 23 June 1993, Series A,* n. *255,* pp. *45* ss. su ricorso proposto da una madre cui era stata negata la custodia dei figli in considerazione della sua appartenenza alla religione dei Testimoni di Geova e del «pregiudizio»che da tale situazione sarebbe derivata alla prole (su tale aspetto v. insieme alla sentenza, le considerazioni dissenzienti i parz. dissenzienti dei giudici Matscher, Walsh, e Valticos, *ibidem,* pp. *62* ss e l'opinione della Commissione, *ibidem,* pp. *74* ss in part.).

[177] Cfr., da ultimo, l'*Application* n. *17383/90, A.J. v. Norway* (*Council of Europe, Information Sheet* n. *36,* Strasbourg *1995).*

[178] *AppZication* n. *12495186, Benny Jonsson v. Sweden, Decision of 7 December 1987,* in *Decisions and Reports,* n. *54,* pp. *l87* ss.; *AppZication* n. *16260190, X c. Italia,Decisions of 9 JuZy 1992* (non pubblicata); cfr. altresì *AppZication* n. *11526, W. v. Federal RepubZic of Germany, Decision of 10 October 1986,* in *Decisions and Reports,* n. *50,* pp. *219* ss.; *AppZication* n. *10148182, Florentino Garcia v. Switzer-Zand, Decision of 14 March 1985, ibidem,* n. *42,* pp. *98* ss.; *AppZication* n. 9018/80, *K. v. the Netherlands, Decision of 4 JuZy 1983, ibidem,* n. *33,* pp. *9* ss.; *AppZication* n. *8427178, X. v. the Netherlands, Decision of 13 May 1980, ibidem,* n. *18,* pp. *225* ss.; *Application* n. 7658/76, X *v. Denmark, Decision of 5 December* 1978, *ibidem,* n. *15,* pp. *128* ss; *AppZication* n. *7770177, X. v. Federal RepubZic of Germany, Decision of 2 May 1978, ibidem,* n. *14,* pp. *175* ss.; *AppZication n. 791 1/77, X. v. Sweden, Decision of 12 December 1977, ibidem,* pp. 192 ss.; *AppZication* n. *5486172, X. v. Sweden, Decision of 9 JuZy 1973, CoZZection of Decision of the European Commission of Human Right,* n. *44,* pp. *128* ss; *AppZication* n. *5608172, X. v. United Kingdom Decision of 14 December 1972, CoZZection n. 43,* pp. *66* ss.; *Application* n. *5416/72,* X. *v. Austria, Decision of 30 May 1974, CoZZection n. 44,* pp. *88* ss.; *Application* n. *2822166, X. v. Federal Republic of Gemany, Decision of 6 February, CoZZection n. 26,* pp. *42* ss.; *AppZication* n. *2792166, X. v. Noway, Decision of 6 October 1966, CoZZection n. 21,* pp. *48* ss; *AppZication* n. *1449162, X. v. the Netherlands, Decision of 16 January 1963, CoZZection n. 10; AppZication* n. *1329162, X. v. Denmark,Decision of 7 May 1962, CoZZection n. 9,* pp. *28* ss; *AppZication* n. *911/60, X. v. Sweden, Decision of 10 April* 1961, *CoZZection n. 7,* pp. *7* ss.

L'esistenza (e la consistenza) del preminente interesse del minore non è, d'altro canto, sempre evidente. I numerosi ricorsi proposti dai genitori naturali nei casi di affidamento al servizio sociale di figli minori, con conseguente loro assegnazione a famiglie affidatarie, dimostrano, anzi, quanto sia difficile valutare in concreto la prevalenza o meno dell'interesse del minore rispetto al diritto del ricorrente ([179]). Si tratta invero di casi molto delicati che esigono un'attenta valutazione dei diritti e degli interessi dei soggetti di volta in volta coinvolti.

A tal proposito, va detto che — come già auspicato nel caso *Olsson 2* — quando si tratti di procedimenti «familiari» dev'essere perrnessa «the intervention of the children assisted by their lawyers» ([180]) e consentito ai minori di esprimere le loro opinioni, conformente a quanto ora prevede la Convenzione di New York (artt. 9.3 e 12.2), come pure il progetto di trattato sull'esercizio dei diritti dei minori ([181]). Solo che, per quanto non siano mancati casi in cui la necessità di tutelare il benessere del minore appariva evidente ([182]), la recente giurisprudenza ne ha messo in luce altri assai complessi e delicati, che hanno a volte determinato — come nello

---

([179]) V, oltre alle sentenze della Corte nei casi Olsson 1 e 2, Eriksson, *Rieme,* Andersson e McMichael, citate supra, la sentenza nei casi O., H,, W., B. e R. v United *Kingdom* (*Eur.* Court H.R., *Judgment* of 8 July 1987, Series A, nn. 120 l 121) e, da ultimo, la sentenza della Corte del 23 settembre 1994 nel caso Hokkanen ***v.*** Finland (Eur. Court H.R., *Press* released issued by the Registrar *of* the European Court *of* H. R., Strasbourg 7-23 *September* 1994, pp. 59 ss.).

([180]) Olsson 2, cit, p. 46.

([181]) V. oltre III.

([182]) Cfr. Application n. 12651/87, Elisabeth and Roland *Grufman* ***v.*** Sweden, Decision *of* 9 May 1989, Decisions and Reports, n. 61, pp. 177 ss.; Application n. 12763/87, Terence Lawlor ***v.*** the United *Kingdom,* Decision *of* 14 July 188, *ibidem,* n. 57, pp. 216 ss; Application n. 12402186, Angela and Ridney Price ***v.*** the United *Kingdom,* Decision *of* 9 March 1988, *ibidem,* n. 55, pp. 224 ss; Application n. 11468185, K. ***v.*** the United *Kingdom,* Decision of 15 October 1986, *ibidem,* n. 50, pp. 199 ss; Application n. 11588/85, U. and G.F. ***v.*** Federal Republic *of Germany,* Decision *of 15* May *1986, ibidem,* n. 47, pp. 259 ss; Application n. 9639182, B. R. and J. ***v.*** Fereral Republic *of Germany,* Decision *of* 15 March 1984, n. 36, pp. 130 ss; Application n. 10141/82, L. ***v,*** Sweden, Decision *of* 3 October 1984, *ibidem,* n. 40 pp. 140 ss; *Application* n. 8924180, X. ***v.*** Switzerland, Decision of 10 March 1981, *ibidem,* n. 24, pp. 183 ss; Application n. 9993183 X. ***v.*** France, Decision of 5 October 1982, *ibidem,* n. 31, pp. 241 ss; X. and *Y. v.* Federal Republic *of Germany,* Decision *of* 3 October, *ibidem,* n. 15, pp. 208 ss; X. ***v.*** Switzerland, Decision *of* 10 *July* 1978, *ibidem,* n. 13, pp. 248 ss; Application n. 7610176, X. ***v.*** the United *Kingdom,* Decision *of* 9 May 1977, *ibidem,* n. 9, pp. 166 ss; Application n. 7626176, X. ***v.*** the United *Kingdom,* Decision *of* 11 *July* 1977, ibidem, n. 11, pp. 160 ss; Application n. 5239171, X. ***v.*** *Belgium,* Decision *of* 14 *December* 1972, Collection, n. 42, pp. 142 ss; Application n. 4004169, W.X. and H.X. ***v.*** the United *Kingdom,* Decision *of* 16 March 1970, *Collection* n. 33, pp. 18 ss; Application n. 2648165, X ***v.*** Netherlands, Decision *of* 6 *February* 1968, Collection n. 26, pp. 26 ss.

stesso affare *Olsson* 2 (l[83]) — un forte dissenso tra i giudici della Corte europea dei diritti umani, ovvero una conclusione della Corte opposta all'opinione della Commissione come nell'affare *Rieme* ([184]). E in questo caso l'opinione dissenziente di Schermers in seno alla Commissione prova che, quando un minore è collocato dai servizi sociali presso una famiglia affidataria, il mantenimento dei rapporti con i genitori naturali non può in nessun modo pregiudicare il benessere del minore. Addirittura, a ben vedere, secondo la citata opinione dissenziente, nei casi in cui il minore abbia trovato nella famiglia d'accoglienza la necessaria tranquillità non sarebbe in gioco semplicemente la salvaguardia del suo «benessere)),quanto il più decisivo rispetto dei «rights of the child under Art. 8 of the Convention» ([185]): della *vita privata* e *familiare* del minore presso i genitori affidatari.

Perciò riguardata in quest'ottica, la questione della posizione del minore in relazione alla protezione dei diritti altrui non si riduce alla sola attenzione verso il predominante interesse e benessere del minore. Non può escludersi, infatti, che in taluni casi, emerga la necessità di «combinare» il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita familiare alla luce di diritti che la Convenzione riconosce al minore coinvolto: è quanto del resto ammette l'art. 8, par. 2, là dove si riferisce a misure adottate dalla pubblica autorità per la «protezione dei diritti e delle libertà altrui». Per l'appunto nel quadro delle relazioni fra minori e genitori su ricorso proposto da una minorenne cui era stato negato di trascorrere fuori casa un certo periodo e che, per questo, lamentava la violazione del diritto al rispetto della sua vita privata, la Commissione ha precisato che la tutela della vita privata della minore andava «combinata» con la necessità di rispettare la vita familiare dei genitori ([186]).

14. – Le considerazioni che precedono assumono un'importanza decisiva in relazione ai compiti educativi dei genitori. In questo contesto infatti l'esercizio della funzione educativa andrà assolta dai genitori (o, se del caso, dai tutori) nel rispetto dei diritti fondamentali del minore e, in generale, tenendo conto del fatto che l'art. 29 della Convenzione di New York prevede che l'educazione debba, comunque, tendere allo sviluppo della personalità del minore dei suoi talenti e delle sue abilità mentali e fisiche. E deve, fra l'altro, tendere a sviluppare il rispetto per i diritti umani nella stessa coscienza del minore d'età.

n.

([183]) *Eur Court* H.R., *Olsson* 2, cit.; **v.,** in **particolare** *Partly* dissenting opinion of Judge *Pettiti,* joined by Judges *Matscher* and Russo, cit., pp. 44-46.
([184]) *Eur Court.* H.R., *Rieme* case, cit.
([185]) **Cfr.** Dissenting Opinion of Mr *Schermers,* cit., **p. 83.**
([186]) *Application* **n.** 6753/74, cit., **p.** 119.

Del resto, ciò rileva pure nel contesto del diritto all'istruzione e all'educazione secondo l'art. 2 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani.

Si consideri, ad es., la conclusione della Corte nel caso *Eriksson* (187) a proposito della pretesa violazione di tale disposizione, nei confronti della minore cui l'art. 2 riconosce il diritto fondamentale all'istruzione (188). A giudizio della Corte, la seconda parte di codesta disposizione là dove fa riferimento alle «convinzioni religiose e filosofiche»dei genitori garantisce un loro diritto (189) e non anche un diritto dei minori che non possono pertanto «claim to be the victim of the alleged violation of Art. 2». E va anche precisato che, per gli organi di Strasburgo, tale disposizione constitutes a whole that is dominated by its first sentence» cui si riconosce «a dominant character» (190).

In codesta dimensione interpretativa, l'art. 2 del Primo Protocollo contempla, dunque, diritti — e del minore e dei genitori — autonomamente valutabili come aveva già precisato la Corte nella sentenza del caso *Campbell and Cosans:* «there is a..substantial difference between the legal basis of the two claims, for one concerns a right of a parent and the other a right of a child» (191). Ma appare evidente che quando si tratti della seconda parte dell'art. 2 del Primo Protocollo, il minore finisce per trovarsi sempre in una posizione in cui è in gioco un diritto altrui: quello dei genitori. E tuttavia non diversamente che per la vita familiare dei genitori, si dovrà — anche alla luce della Convenzione di New York (artt. 18 e 29) — salvaguardare il minore allorchè — poniamo — le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori contrastino con il benessere del minore quando, ad es., i genitori richiedano la collocazione della figlia *handicappata* in una scuola «non speciale))e invece le condizioni della minore sarebbero tali da garantirle

---

(187) Eur. Court H.R., Eriksson case, cit.

(188) Eriksson case, cit., par. 93, p. 31.

(189) Sull'interpretazione da assegnare alla seconda parte dell'art. 2 del Primo Protocollo, v., oltre al noto caso del regime linguistico *dell'insegnamento* in Belgio del 1968, Case of *Kjeldsen,* Busk Madsen and Pedersen, cit, par. 52 in part. pp. 25 ss; cfr., altresì, le conclusioni della Commissione in Application n. 8811/79, cit., p. 116; *Application* n. 14135188, P.D. and L.D. *v.* the United *Kingdom,* Decision of 2 October 1989, in Decisions and Reports, n. 62, pp. 292 ss.; *Application* n. 9411/81, X., Y. and *Z.* v. *Federal Republic* of *Germany,* Decision of 15 July 1982, *ibidem,* n. 29, pp. 224 ss.; Application n, 10228182 and n. 10229182, *W.& D.M.* and *M.& H.I. v.* the United *Kingdom,* Decision of 6 March 1984, *ibidem,* n. 37, pp. 96 ss.; Application n. 104761 83, *W.* and K.L. *v.* Sweden, Decision of 11 *December* 1985, *ibidem,* n. 45,pp. 143 ss.

(190) Eur. Court H.R., Case of Kjeldsen, cit., par. 53 e Application n. 14135/88, cit., p. 296.

(191) *Eur. Court* H.R., Case *of Campbell* and Cosans, cit., par. 40, p. 19. Distinzione rilevante anche nell'*Application* n. 21*787/93,* Elias, Maria and *Victoria* Valsa*mis v.* Greece (Cfr. European *Commission* of *Human* Rights, *Information* note n. *128* on the 256th Session of the European *Commission,* 476(95 27.9.95, p. 7)

meglio il suo diritto all'istruzione in una scuola speciale ([192]). Lo stesso si dica quando occorra tutelare il diritto del minore alle libere manifestazioni del pensiero, di coscienza e religione che la Convenzione europea riconosce a tutti, minori compresi, per l'appunto anche rispetto alle scelte educative e scolastiche dei genitori.

È quanto emerge, del resto, dalla costante giurisprudenza degli organi di Strasburgo secondo cui «the provisions of the Convention and Protocol must be read as a whole..the two sentences of Art. 2 must be read not only in the light of each other but also, in particular, of Articles 8, 9 and 10 of the Convention which proclaim the right of everyone, including parents and children, to respect for his private and family life, to freedom of thought, conscience and religion, and to freedom..to receive and impart information and ideas» ([193]). Il diritto dei genitori al rispetto da parte delle autorità statali delle loro convinzioni religiose e filosofiche ha, cioè, da trovare un limite nei diritti del minore di cui agli artt. 8, 9 e 10 della Convenzione, oltre che nel diritto fondamentale del minore all'istruzione.

Nell'ipotesi di contrasti fra genitori e minori in ordine al diritto del minore alle manifestazioni di pensiero, coscienza e religione owero alla libertà d'espressione, non può pertanto escludersi che il minore possa proporre ricorso a Strasburgo a tutela dei suoi diritti fondamentali([194]). Diritti che la Convenzione di New York ora riconosce, agli artt. 13 e 14, al minore in quanto tale. E tali disposizioni nel confronto con la Convenzione europea possono valere, evidentemente, a fini interpretativi per l'appunto riguardo al ruolo educativo dei genitori. Nonqer nulla, il par. 2 dell'art. 14 prevede infatti che i genitori — o, se del caso, i tutori legali — debbano fornire al minore un indirizzo nell'esercizio dei suoi diritti di libertà in modo rispondente alle sue capacità evolutive. Vale a dire che l'intervento dei genitori dev'essere teso a valorizzare *l'autodeterminazione* del *minore,* pur nel rispetto — è owio — dei diritti altrui.

([192]) Cfr. Application n. 14135/88, cit. e Application n. 13887/88, Diana *Graeme* v. the United *Kingdom,* Decision of *5 February* 1990, non pubblicata. V., insieme, Application n. 25212/94, *Martin Klerks* v. the Netherlands, Decision of 4 July 1995, in Decisions and Reports, n. 82-A, pp. 129 ss.

([193]) *Eur. Court* H.R., Case of *Kjeldsen,* cit:, par. 53. Sul rispetto delle convinzioni religiose del minore si veda altresì l'*Application* n. 24095/94, Petras *Efstration v.* Greece, non ancora pubblicata.

([194]) Al di là delle ipotesi in cui il genitore rappresenti processualmenteil minore in ordine alla pretesa violazione nei cfr. di quest'ultimo degli art. 9 e 10 della Convenzione come, ad es., nei ricorsi n. 1,1674185, Barbara Stevens *v.* the United Kingdom, Decision of *3* March 1986, Decisions and Reports, n. 46, pp. 245 ss.; n. 10491/83, Lena and Anna-Nina *Angelini v.* Sweden, Decision of *3* December 1986, *ibidem,* n. 51, pp. 41 ss.; n. 11356/85, *Irka* Cederberg-Lappalainen *v.* Sweden, Decision *of* 4 March 1987, non pubblicata.

15. – È ben noto che fra i diritti fondamentali che i patti internazionali dei diritti umani riconoscono alla persona ricorre il diritto alla vita con la natura di «an intransgressible norm» ([195]) — anche secondo i lavori preparatori alla Convenzione di New York per il minore. Fra l'altro, l'art. 6 della Convenzione di New York attribuisce al minore, oltre al diritto alla vita, anche il diritto *alla sopravvivenza e allo sviluppo.*

Ed ecco, nel confronto fra le disposizioni degli accordi internazionali che hanrio riguardo al diritto alla vita risalta la differenza fra la Convenzione europea e il Patto internazionale sui diritti civili e politici da un lato, e la Convenzione di New York dall'altro. A prima lettura infatti, l'art. 6 della Convenzione sui diritti del minore sembrerebbe più articolato rispetto al Patto e alla Convenzione ([196]). A ben vedere però la mancanza nel Patto di un riferimento alla salvaguardia, oltre che della vita, anche della sopravvivenza e dello sviluppo del bambino, non è di per sè decisiva: e lo prova l'orientamento del Comitato dei diritti dell'uomo secondo cui l'art. 6 del Patto deve essere interpretato nel senso che «the right to life» include anche «such matters as infant mortality, malnutrition and public health schemes» ([197]). Se, dunque, questa è l'ampiezza da assegnare all'art. 6 del Patto, la differenza rispetto alla Convenzione di New York non sembra decisiva: per entrambi il diritto alla vita include senz'altro anche il diritto alla soprawivenza e allo sviluppo della persona. Tanto più che, come precisato in sede di lavori preparatori alla Convenzione di New York, «within the United Nations context» l'espressione «sopravvivenza» «included growth monitoring, oral rehydration. ...immunization...»; ancora, per il delegato italiano, «the two words had came to acquire the special meaning of ensuring the child's survival in order to realize the full development of his

([195]) Cfr. la conclusione del delegato italiano in sede di elaborazione del progetto: cfr. DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «Travaux Préparatoires»,* Dordrecht-Boston-London, 1992, p. 121.

([196]) La Convenzione di New York parrebbe più articolata e specifica rispetto al Patto anche sotto il profilo delle modalità attraverso cui assicurare i diritti alla registrazione, al nome e alla nazionalità. All'art. 7.2 la Convenzione di New York prevede infatti che gli Stati debbano assicurare tali diritti «in armonia con le legislazioni nazionali e gli obblighi derivanti dagli strumenti e norme internazionali» con particolare attenzione alle «situazioni di possibile apolidia del minore». Ma, a ben vedere, la previsione un rinvio agli brdinamenti interni, non risulta innovativa rispetto al precedente assetto normativo: anche per il Patto i diritti previsti al suo art. 24 non potevano che essere assicurati «in armonia» con le legislazioni nazionali ovvero con le norme, pure interne, di adattamento a convenzioni internazionali.

([197]) Cfr. McGOLDRICK, The *Human rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rìghts,* Oxford, 1991, pp. 328-346.

or her personality, both from the material and spiritual points of view» ([198]).

Ma quale ampiezza è da assegnare all'art. 2.1 della Convenzione europea ov'è solo il riferimento al diritto alla vita? V'è, in altre parole, spazio per un'interpretazione sistematico-evolutiva dell'art. 2.1 della Convenzione europea alla luce del Patto e, più specificamente, della Convenzione sui diritti dell'infanzia?

Merita attenzione, a tale riguardo, anche perchè relativa a minori, la decisione della Commissione del 12 luglio 1975 ([199]) sul ricorso proposto da un'associazione di genitori per gli «effetti secondari» (in taluni casi addirittura la morte) provocati dalle vaccinazioni facoltative cui erano stati sottoposti i figli. In quell'occasione, la Commissione ha infatti precisato che «la première phrase de l'article 2 impose à l'Etat une obligation plus large que celle que contient la deuxième phrase» con la conseguenza che l'art. 2.1 «enjoint à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort intentionnellement, mais aussi de prendre les mesures necessaires à la protection de la vie» ([200]). Concludendo, già nell'affermazione dell'autonomia del primo paragrafo dell'art. 2 e nell'individuazione, poi, della sua maggiore ampiezza rispetto al secondo paragrafo dello stesso articolo, può trovare spazio un'interpretazione estensiva del diritto alla vita dei minori alla luce della Convenzione di New York. Perciò, in tale contesto interpretativo, fra le *misure necessarie alla protezione della vita* richiamate dalla Commissione non può escludersi che possano trovare spazio pure misure per la *sopravvivenza* e lo *sviluppo* dei minori.

([198]) Queste, rispettivamente, le osservazioni della *World Health Organization* e del delegato italiano (in DETRICK, *The* United Nations Convention, cit., p. 122).

([199]) V. *Application* n. 7154/75, Association X. *v.* United *Kingom,* Decision *of* 12 *July* 1978, Decisions and Reports, n. 14, pp. 31 ss. In tema di vaccinazioni facoltative si veda pure la decisione del 4 febbraio 1982 (ibidem, n. 27, p. 94 ss.) in cui il genitore presentò il ricorso per il figlio lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione. In quell'occasione la Commissione ritenne che sebbene l'art. 8 «does not merely compel States to abstain from interfering with the right to private and family life» ma imponga agli Stati «inaddition...positive obligations», ciò nonostante «a vaccination scheme falls outside the scope of this provision». Infine, sul rifiuto dei genitori di sottoporre i propri figli ad esami di routine v. Application n. 10435/83, *cit.*

([200]) Nello stesso senso v. Application n. 11604/85, R. and M. *Naddaf* v. *Federal* Republic *of Germany,* Decision *of* 10 October 1986, n. 50, *ibidem,* pp. 259 ss. «according to the first sentence of this paragraph, States are obliged to take adequate measures to protect life». Cfr., altresì ROBERTSON and MERRILS, *Human* Rights in *Europe,* 3 ed., p. 33: «the Commission has indicated that the first sentence of Art. 2 imposes an obligation to take appropriate steps to safeguard life. This would entail, for example, taking steps to track down murderers and to promote public security generally», sicchè, in quest'ottica, «the State cannot guarantee people's safety, but the view that a death which could have been avoided by action on the part of the authorities raises a possible issue under Art. 2, is certainly preferable to the alternative».

Quanto, infine, alla delicata e dibattuta questione del diritto alla vita del concepito, resta dire che la Convenzione di New York nel riferirsi a ogni *essere umano* al di sotto del diciottesimo anno d'età — pur nella scelta di fissare il solo limite superiore — sembra da interpretarsi come applicabile a partire dal momento della nascita dell'essere umano, e non prima ([201]). Se così è, la decisione della Commissione europea dei diritti umani di escludere che l'art. 2 della Convenzione europea possa riguardare la persona a partire dal concepimento è in sintonia con la scelta operata in seno alla Convenzione sui diritti del minore ([202]).

III

16. – La giurisprudenza degli organi di Strasburgo in tema di diritti e interessi dei minori ha consentito di evidenziare, da un lato, l'esistenza di uno *standard* di tutela in larga parte conforme a quello che la Convenzione di New York ora riconosce loro espressamente e, dall'altro, il progressivo orientamento della Commissione e della Corte sempre più volto ad utilizzare e valorizzare anche la Convenzione di New York a fini interpretativi dei diritti contemplati dalla Convenzione europea ([203]).

In tale contesto la salvaguardia dei diritti fondamentali del minore, anche prima della stessa Convenzione di New York, non richiedeva, pertanto,

([201]) L'art. 1 è stato oggetto di ampio dibattito (cfr. DETRICKT, The United Convention, cit., pp. 115-119). Fra l'altro, va detto che la scelta di un richiamo, nel Preambolo, alla Dichiarazione del 1959 dove v'è il riferimento alla protezione dei minore prima e dopo la nascita non è in alcun modo decisivo: una dichiarazione del Presidente del «Gruppo di lavoro», inserita nei lavori preparatori, precisa infatti che «en adoptand cet alinéa du Préambule, le groupe de travail n'entend pas préjuger de l'interprétation de l'article premier ou de toute autre disposition de la Convention par les Etats parties». In definitiva, interpretando il Preambolo secondo tale «dichiarazione» - cui non può peraltro riconoscersi, ai sensi e per gli effetti della Convenzione di Vienna, il valore di una dichiarazione interpretativa — sembra da escludere una lettura della Convenzione che porti a ritenere ricompresi nella nozione di minore anche il concepito.

([202]) Application n. 8416/78 X. v. United *Kingdom,* Decision of 13 May 1980, Decisions and Reports, n. 19, pp. 244 ss; v., pure, Application n. 6959175, *Brüggemann* and Scheuten v. Federa1 Republic of *Germany,* Report of 12 *July* 1977, *ibidem,* n. 10, pp. 100 ss. e, da ultimo, Application n. 17004190, H. v. Noway, Decision of 19 May 1992, Decisions and Reports, n. 73, pp. 155 ss. insieme alle conclusioni di BUQUICCHIO-DE BOER, Children and the European *Convention*, cit., p. 75. V., insieme, RASPADORI, Aborto, diritto alla vita e norme internazionali sui diritti umani, in I diritti *dell'uomo,* n. 1, 1995, pp. 6 ss., spec. p. 10 ss.

([203]) V. *supra* II.

neppure l'elaborazione di un Protocollo addizionale alla Convenzione europea su codesti diritti (204), utile semmai solo ad un ampliamento espresso della Convenzione europea attraverso un apposito protocollo. A tal fine, ha operato la Convenzione di New York e bene ha fatto l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa a richiamarvisi, raccomandando agli Stati membri di ratificarla in tempi brevi, proponendo insieme al Comitato dei ministri di mettere allo studio un progetto di convenzione che integrasse la Convenzione di New York col favorire l'effettiva realizzazione dei diritti in essa contemplati(205). Si tratta, fra l'altro, di obiettivi in larga parte già acquisiti: la Convenzione di New York è in vigore per quasi tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (206) e il progetto di Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori è stato elaborato e reso noto il 10 novembre 1994(207).

Resta piuttosto da verificare quale sia la posizione del minore in ordine alla tutela processuale dei suoi diritti fondamentali avanti agli organi di Strasburgo; tanto più che, nella materia, la possibilità effettiva della loro realizzazione «è un complemento necessario all'attribuzione del diritto sostanziale)(208).

Ora, la giurisprudenza degli organi di Strasburgo evidenzia — lo si è visto — molti ricorsi di minori riguardanti diritti contemplati dalla Convenzione europea: e rispetto a tali casi assai frequente è risultato il ricorso alla rappresentanza legale dei genitori per la tutela dei diritti fondamentali del minore. A ben vedere però, non sono mancati, anche in tale contesto, ricorsi proposti alla Commissione dai minori direttamente, a prescindere, cioè, dalla rappresentanza dei genitori, come nei casi *Bulus, Morreale* e

(204) Per un orientamento sostanzialmente favorevole, pur con talune perplessità, all'elaborazione di una convenzione europea sui diritti dei minori v. BOUCAUD, The Council *of* Europe and child *welfare.* The *need* for a European convention on *children's* rights, Council of Europe Press, 1992, in part. pp. 49-50. Anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa era favorevole nel 1979 (cfr. la raccomandazione n. 87411979 adottata il 4 ottobre) all'elaborazione di una convenzione europea dei diritti del fanciullo; ma la proposta non ebbe seguito per l'appunto in considerazione del fatto che erano nel frattempo iniziati i lavori che avrebbero fruttato l'elaborazione, dieci anni dopo, di un progetto di convenzione sui diritti dei minori.

(205) Cfr. *Parliamentary Assembly* of the Council of Europe, *Recommendation* n. 1121/1990.

(206) Ad eccezione di Andorra, Liechtenstein e Svizzera.

(207) Cfr. *Draft* European Convention on the *exercise* of children's rights and Explanatory Report, Strasbourg, 10 *November* 1994, Directorate of *Legal Affairs,* DIR/JUR (94) 7.

(208) Cfr. MATSCHER, La posizione processuale *dell'*individuo come ricorrente dinanzi agli organi della Convenzione europea dei diritti *dell'uomo,* in Studi in onore di Giuseppe Sperduti, Milano, 1984, p. 603.

Dreshaj ([209]). Del resto, per l'esercizio del diritto d'azione da parte del minore — come di ogni altra persona fisica — nè la Convenzione nè il Regolamento della Commissione richiedono l'esistenza della capacità di stare in giudizio del minore secondo quanto dispone la *sua* legge nazionale ([210]). È quanto sottende anche la decisione della Commissione del 29 giugno 1994 su ricorso di una minore, figlia naturale, che si doleva di non aver ottenuto il riconoscimento da parte delle autorità nazionali di una certa somma dovutale dall'ordine benedettino cui apparteneva prima dell'espulsione il padre naturale a titolo di alimenti pregressi ([211]).

In ogni caso, anche avanti agli organi di Strasburgo, tale rappresentanza legale ha modo d'operare a condizione che non vi sia una situazione conflittuale tra rappresentante e rappresentato come nel caso in cui vi sia contrasto con il minore, in relazione, ad es., a determinate scelte educative. In questa dimensione si sono del resto collocati sia il ricorso proposto nel caso X and Y v. United Kingdom, da una minorenne che lamentava l'illegittima intrusione nella sua vita privata, derivata dall'ordine di «forzato» rientro in famiglia ([212]), sia il ricorso con cui il minore, nel caso *Nielsen,* si era rivolto agli organi di Strasburgo per la limitazione della libertà personale conseguente all'internamento in un'ospedale psichiatrico per volere della madre unica titolare della potestà parentale ([213]).

Ebbene, specialmente in caso di conflitto fra genitori e minori, la possibilità per questi ultimi di esercitare autonomamente il diritto d'azione avanti agli organi di Strasburgo, offre una decisiva tutela: la garanzia, cioè, dell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti ai minori dalla Convenzione europea anche in ambito familiare e cioè verso i genitori. Certamente

---

([209]) Cfr., rispettivamente, Application n. 9330/81, Bulus *v.* Sweden, Decision of 19 *January* 1984, Decisions and Reports, n. 35, pp. 57 ss; Application. n. 10932184, Verena *Morreale* v. Switzerland, Decision of 1 October 1984 (non pubblicata); Mandushe Dreshaj v. Finland, Decision of 19 May 1994, *ibidem,* n. 77-A, pp. 126 ss. Si veda, inoltre, l'*Application* n. 24844/94, Megan Reeve *v.* United *Kingdom,* Decision of *30 November* 1994, *ibidem,* n. 79-B, pp. 146 ss.

([210]) Cfr. BUQUICCHIO-DE BOER, Children and the European Convention on *Human* Rights, in Protecting *Human* Rights: The European *Dimension,* Studies in honour of Gérard J. Wiarda, edited by Matscher and Petzold, Koln, 1988, p. 74.

([211]) Cfr. Application n. 20769192, G.F. v *Germany,* Decision *of* 29 June 1994, ibidem, n. 78-A, pp. 111 ss. V. pure l'*Application* n. 15154198, Marion *Baumgartner v.* Austria (cfr. il Rapporto adottato dalla Commissione il 16 febbraio 1993, Decisions and Reports n. 74, 1993, pp. 40 ss): anche qui a ricorre era una minore che lamentava la discriminazione esistente in Austria, sotto il profilo successorio, nei confronti di figli naturali.

([212]) Cfr. Application n. 6753174, X. and Y. v. United *Kingdom,* Decision of 19 *December* 1974, in Decisions and Reports, n. *2,* pp. 118 ss.

([213]) *Eur. Court H.R., Nielsen* case, *Judgment* of 28 *November* 1988, Series A, n. 144; sul punto v. supra, II.

l'ammissibilità di questa istanza è subordinata al previo esaurimento dei ricorsi interni: ma il verificarsi di questa condizione è immediato e di facile contestazione in ogni ordinamento che non riconosca al minore la possibilità di avvalersi di *effective remedies* per il rispetto dei suoi diritti e libertà fondamentali che la Convenzione europea garantisce anche verso i genitori. Considerazioni che non sono irrilevanti per l'ordinamento italiano dato che l'art. 333 c.c. è, sì, frequentemente utilizzato per assicurare il rispetto della personalità del minore e delle sue libertà fondamentali verso i genitori in relazione a condotte «pregiudizievoli» per i figli, e tuttavia l'esclusione della legittirnazione del minore a proporre *personalmente* istanze all'autorità giudiziaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 336 dello stesso codice può non garantire affatto al minore una tutela adeguata risolvendosi in definitiva in una privazione delle garanzie processuali ([214]). Non per nulla, un'organica proposta di legge intitolata «norme per la tutela dei minori», andava nel senso dell'attribuzione al minore della legittimazione a proporre istanze all'autorità giudiziaria prevedendo pure l'istituzione di un curatore speciale nel caso di conflitto d'interessi, anche solo potenziale, fra genitori e figli ([215]). È quanto avrebbe assicurato la conformità del diritto interno al

([214]) Cfr. le conclusioni di FORLATI, Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti *dell'uomo,* cit., pp. 30 ss. «soprattutto in materia di diritti di libertà non è fornita al minore una sede istituzionale, se non giurisdizionale, in cui far valere direttamente le proprie istanze nei confronti dei genitori. In tale materia, la posizione del minore nella famiglia viene protetta contro atti pregiudizievoli con l'intervento del giudice solo se uno dei genitori è disposto a prendere posizione contro l'altro, ovvero se si attivano un parente o il pubblico ministero». V. inoltre A. PELOSI, in *Commentario* al diritto italiano della famiglia, vol. 4, Padova, 1992, in part. pp. 414 ss. secondo cui l'implicita esclusione (ai sensi dell'art. 336 C.C.) della legittimazione del figlio minore a richiedere l'intervento del giudice «si poteva giustificare agevolmente sotto l'impero della disciplina anteriore» nel mentre ora «appare non del tutto coerente con il nuovo testo dell'art. 321 che in un'ipotesi meno grave autorizza il figlio minore a chiedere la nomina di un curatore speciale».

Quanto poi alla tutela penalistica va detto che se nella lesione del diritto non si rawisino gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, è necessaria la querela della persona offesa. E nel caso in cui il non abbia ancora compiuto i 14 anni, il diritto di querela è esercitato dai genitori; nel caso di conflitto di interessi è prevista la nomina di un curatore speciale per la querela: solo che la nomina, da parte del giudice, non può avvenire su richiesta del minore. Va peraltro tenuto conto che le nuove norme relative al processo penale riguardante minori (d.p. r. 22 settembre 1988, n. 448, su cui v. il commento a cura di CHIAVARIO, Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate, *1,* Il processo *minorile,* Torino, 1994) sono nel senso della tutela delle esigenze e dell'interesse dei minorenni. Indicativa al riguardo è la previsione di cui all'art. 12 che sancisce il diritto del minore ad essere assistito, in tutte le fasi del processo, non solo dal difensore tecnico, ma anche dai genitori e dai servizi sociali: sempre che, peraltro, la presenza di tali soggetti non arrechi pregiudizio all'interesse del minore (comma 3°)

([215]) Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Fronza Crepaz, Giuliari, Giuntella, Sbarbati Carletti, Delfino, Atto n. 2654 della Camera dei Deputati, XI Legislatura, Presentata alla Camera il 12 maggio 1993.

risultato voluto dall'art. 13 della Convezione europea, nonchè all'obbligo di cui all'art. 4 della Convenzione di New York di adottare ogni appropriata misura legislativa per *attuare* i diritti in essa contemplati.

17. – Come anticipato, la possibilità per minori di esercitare autonomamente il diritto d'azione avanti agli organi di Strasburgo — pur nel rispetto della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni che, peraltro, per lo più non si danno ([216]) — assume decisivo rilievo nei casi in cui il rappresentante legale non eserciti il diritto d'azione, trovandosi addirittura in conflitto con il minore. Ebbene, non solo tale situazione «legittima» il minore all'esercizio di un autonomo diritto d'azione avanti agli organi di Strasburgo, ma può anzi configurarsi come una violazione nei riguardi del minore del diritto di ricorso di cui all'art. **13** della Convenzione europea: del diritto — si vuol dire — a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale in tutt'i casi di violazione dei diritti e delle libertà contemplati dalla Convenzione europea ([217]).

Certo, il rispetto dell'art. **13** non importa il riconoscimento al minore d'età della capacità di stare in giudizio da solo ed è sufficiente che il rappresentante legale possa farlo in vece sua ([218]). Ma è pur sempre una possibilità da valutarsi alla luce delle circostanze che, in ipotesi, abbiano portato ad escludere l'effettivo diritto di ricorso. È quanto s'è prospettato nel caso *Margareta e Roger Andersson* ([219]). Secondo l'opinione dissenziente di De Meyer ([220]) e quella di

---

([216]) Sull'interpretazione della regola alla luce della giurisprudenza degli organi di garanzia v. ROBERTSON and MERRILLS, *Human* Rights in Europe, 3 ed., Manchester, 1993, pp. 167 ss.

([217]) Sulla rilevanza dell'art. 13 v., oltre alla dottrina citata alla nota precedente, la posizione della Corte nel caso Costello-Roberts (Judgment *of* 25 March 1993, Series A, n. 247) in part. p. 62) e la contraria conclusione della Commissione (ibi*dem,* pp. 74-75).

([218]) Si tratta di un orientamento che gli organi di Strasburgo hanno seguito anche in relazione al diritto di accesso ai tribunali di cui all'art. 6.1 della Convenzione, escludendo la violazione di codesta disposizione nei casi di limitazioni imposte a minori d'età e altre categorie di soggetti: cfr. Application n. 12040186, M *v.* United *Kingdom,* Decision *of* 4 May 1987, Decisions and Reports, n. 52, pp. 269 ss, spec. p. 270 «in the majority of the Contracting States, the right of access to court is regulated in respect of minors...Such regulations are not in principle contrary to Art. 6 of the Convention, where the aim pursued is legitimate and the means employed to achieve the aim is proportionate»; nello stesso senso v. Application n. 10877184, Monica Wallén *v.* Sweden, Decision *of* 16 May 1985, *ibidem,* n. 43, pp. 184 ss.; Application n. 8988180, X. *v. Belgium,* Decision *of* 10 March 1981, *ibidem,* pp. 198 ss.

([219]) *Eur. Court H.R.,* Margareta and Roger Andersson case *v.* Sweden, *Judgment of* 25 *February* 1992, Series A, n. 226-A.

([220]) Partly Dissenting Opinion *of* Judge De Meyer, Joined by Judges Pinheiro *Farinha,* Petitti and *Spielmann, ibidem,* p. 39 « as a result of the prohibition on the applicants from having access to each other, the child's entitlement to be represented by his mother could not be effectively used with a view to exercising the right to a remedy guaranteed by this provision».

Schermers (221), la violazione dell'art. 13 della Convenzione europea nei confronti del minore Roger era da ricollegarsi al fatto che il divieto di contatti tra i ricorrenti aveva reso impossibile *l'esercizio effettivo* del diritto di rappresentanza del minore da parte della madre. E il diverso orientamento della Corte europea si fondava su di un'indagine che non aveva evidenziato l'impossibilità di contatti fra i ricorrenti, e non già sull'irrilevanza della ragione addotta (222).

Così stando le cose, la violazione dell'art. 13 della Convenzione si prospetta *a fortiori* nel caso in cui il rappresentante legale non eserciti il diritto di ricorso in luogo del minore perchè in disaccordo con quest'ultimo, o perchè titolare di interessi e diritti confliggenti con quelli del rappresentato (223). A ben vedere, anche in questo caso, e forse più che nell'ipotesi precedente, il diritto di ricorso può risultare gravemente compromesso o persino escluso, a meno che l'ordinamento interno non preveda la possibilità di nomina d'un rappresentante speciale per il minore in tali circostanze.

In definitiva, quando non sia prevista la nomina di un rappresentante speciale — come a tutt'oggi per l'ordinamento italiano (224) — e, più in generale, quando l'ordinamento interno non offra al minore la possibilità di proporre ricorso avanti ad un'istanza nazionale, questi potrà comunque esercitare il diritto d'azione avanti agli organi di Strasburgo adducendo per di più la violazione, nei suoi riguardi, dell'art. 13 della Convenzione europea (225).

18. – Nella giurisprudenza della Convenzione europea il diritto d'azione del rappresentante in nome del minore è correlato al godimento dei poteri

---

(221) Partly Dissenting Opinion of Mr. *Schermers* Joined by Mrs Thune, *ibidem*, p. 49 «an essential element of any representation is contact or at least a possibility of mutual communication. One cannot lawfully represent another person with whom one cannot communicate».

(222) *Eur. Court* H.R., Andersson case, cit., par. 103 in ispecie.

(223) Come adombrato dal governo svedese nel caso Eriksson *(Eur. Court* H.R., *Judgment* of 22 June 1989, *Series A*, n. 156) quando si domandava «whether Mrs Eriksson could properly represent her daughter, in view of their conflicting interests».

(224) Secondo l'art. 321 c.c. la possibilità per il figlio minore di richiedere la nomina di un curatore speciale ricorre nelle sole ipotesi in cui vi sia contrasto con i genitori in relazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione; Cfr. PELOSI, in *Commentario* al diritto italiano della famiglia, cit., pp. 375 ss e p. 415, nota 8 in particolare, anche per una possibile lettura «estensiva» della norma. V., insieme, la proposta di legge citata sub nota 215.

(225) Resta da dire che l'indagine sul previo esaurimento dei ricorsi interni — condizione, questa, che si verifica immediatamente nel caso in cui al minore non sia riconosciuto il diritto ad un ricorso effettivo — può prospettarsi a volte anche gravosa e difficile: cfr. supra note 216 e 217; per quanto riguarda lo «stato» dell'ordinamento italiano, v. supra nota 214.

parentali da valutarsi alla luce della legge nazionale del ricorrente. In altre parole, per una prassi consolidata della Commissione «a parent who has the custody over his or her child is able to introduce an application before the Commission on behalf of the child. This opportunity may be qualified by the status of the parent's legal relationship with the child under domestic law» ([226]).

Di conseguenza, sembra che, almeno in linea di principio, per il genitore non affidatario e per genitori di minori posti sotto tutela, non vi sarebbe alcuna legittimazione nei riguardi dei propri figli. È questa è stata, in effetti, la decisione della Commissione([227]) nel caso di un individuo che lamentava la violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare poichè gli era stata preclusa la possibilità far verificare la paternità di una minore mediante la sottoposizione di quest'ultima ad un ***test.*** Accertato che il ricorrente non risultava «under domestic law» il rappresentante legale della minore, la Commissione ha, infatti, ritenuto che il ricorrente non avesse «any standing to represent E. in these proceedings».

Per la verità, già qualche anno prima la Commissione si era chiesta se il genitore non affidatario potesse «lodge his complains...also on behalf of his daughter» ([228]). E in quell'occassione, pur tralasciando di affrontare il problema, la Commissione non aveva mancato di riferirsi ad una sua precedente decisione in cui aveva affrontato e risolto la questione, sostanzialmente analoga, della rappresentanza avanti agli organi di Strasburgo di minori posti sotto tutela legale([229]).

Ora, codesta decisione è particolarmente importante poichè prevede un temperamento al divieto di rappresentanza di minori posti sotto tutela, ammettendo — come la Commissione ha suggerito — che una madre possa proporre ricorso anche in rappresentanza della figlia sia pur nella sola ipotesi in cui «their complaints are identica1 and relate to the guardianship order» ([230]). D'altro canto, anche rispetto ai casi riguardanti genitori non affidatari, la Commissione aveva previsto la possibilità che i minori potes-

---

([226]) *Application* n. 10812/84, D. *v.* Federal Republic of *Germany,* Decision of 11 *July* 1985, *ibidem,* n. 44, pp. 211.

([227]) Application n. 22920193, M.B. *v.* United Kingdom, Decision of 6 *April* 1994, in Decisions and Reports, n. 77-A, pp. 108 ss.

([228]) Cfr. Application n. 12246186, H. Irlen *v.* Federal Republic of *Germany,* Decision of 13 July 1987 , *ibidem,* n. 53, pp. 225 ss.

([229]) Si tratta dell'*Application* n. 10812/84, cit., pp. 211 ss.; v., insieme, l'*Application* n. 9580/81, L., *H.* and A *v.* United *Kingdom,* Decision of 13 March 1984, *ibidem,* n. 36, pp. 100 ss. in cui la Commissione ha precisato che «the natural parent of a child who has been adopted, after being in the care of a local authority, and who has been represented in domestic proceedings by the Official Solicitors, is not in a position of authority vis-àvis the child to lodge an application to the Commission on the child's behalf under Article 25».

([230]) *Ibidem,* p, 219.

sero conferire al genitore un «mandat spécial»: in tal caso allora al genitore non sarebbe preclusa la possibilità di esercitare il diritto d'azione in nome del minore ([231]).

Al di fuori di tali ipotesi la rappresentanza del minore è affidata ai genitori, o ad uno solo di loro, oppure ad un tutore, salva sempre la possibilità per il minore che non si senta adeguatamente tutelato dal rappresentante legale, o che intenda affermare il proprio diritto — ad es., al rispetto della vita familiare con il genitore non affidatario — di conferire mandato speciale a quest'ultimo, owero di proporre autonomamente ricorso alla Commissione, una volta esperiti — ove si diano — i rimedi interni.

19. – Sentenze della Corte europea e opinioni della Commissione hanno evidenziato carenze nella protezione dei diritti processuali dei minori in procedimenti avanti alle giurisdizioni nazionali; carenze a volte talmente consistenti da tradursi — come nel caso *Bouamar* ([232]) — nell'accertata violazione nei confronti del minore dell'art. 5.4 della Convenzione europea. Per la Corte infatti, nel caso, non erano state rispettate le esigenze di rapidità previste da questa norma, e non era stato adeguatamente tutelato il diritto del ricorrente a godere di una *effettiva assistenza* dei suoi awocati, non potendosi considerare affatto sufficiente la comparizione e l'audizione personale ma non assistita del minore nel procedimento avanti ai giudici nazionali.

Carenze processuali sono d'altronde emerse in opinioni della Commissione e in talune opinioni dissenzienti avanti alla Corte nell'inquadrare la posizione processuale del minore nell'ambito di procedimenti «familiari»: in procedimenti interni di natura giurisdizionale riguardanti, cioè, le relazioni fra genitori e figli.

([231]) Cfr. Application n. 8045/77, X. *v.* Sweden, Decision of 4 May 1979, Decisions and Reports, n, 16, pp. 105 ss.: «However, the Commission notes that the applicant does not have the custody-parental rights of his children, such rights having been awarded to their mother. It is consequently the applicant's former wife who has the right to act on the children's behalf in the exercise of the custody-parental authority. Moreover, the applicant has not shown that he is otherwise authorised to represent his children with respect to this application, or that they expressed any wish as to their father's introducing claims on their behalf before the Commission». V., insieme, anche l'*Application* n. 2699/65, *X v.* the Federa1 Republic of *Germany,* Decision of 1 *April* 1968, in Collection of Decisions and Reports, n. 26, pp. 33 ss.: a fronte della pretesa del ricorrente di essere «legally entitled to represent his son, although the German courts have awarded custody to the boy's mother, his divorced wife», la Commissione ha infatti affermato che «the right of education is an integra1 part of the custody wich has been entrusted to the mother and the applicant therefore no longer has a right to determine the manner in which that education is carried out».

([232]) *Eur. Court* H.R., Bouamar case, Judgment of 29 *February* 1988, Seriès *A,* n. 129; v. *supra* I, par. 3.

Si consideri, ad es, l'orientamento della Commissione — ampiamente condivisa dai sette giudici che si sono dissociati dalla conclusione cui è poi giunta la Corte — nel ricorso del caso *Nielsen* (233). Nel prospettare la violazione dell'art. 5.4 della Convenzione sia sotto il profilo della mancata nomina di un curatore speciale del minore — in considerazione del conflitto fra quest'ultimo e la madre rappresentante legale — sia sotto il profilo del mancato rispetto del diritto del minore ad essere sentito in vista della decisione del suo internamento in un ospedale psichiatrico, la Commissione si era in effetti preoccupata dell'effettivo esercizio da parte del minore dei suoi diritti processuali. E sempre con riguardo alla tutela processuale dei minori nei procedimenti familiari, va ricordata l'opinione parzialmente dissenziente nella sentenza del caso *Olsson 2* (234) secondo cui allorchè si tratti di procedimenti familiari dev'essere permesso «the intervention of the children assisted by their lawyers» (235) e consentito ai minori di esprimere le loro opinioni, in conformità ai principi posti dalla Convenzione di New York.

Resta da dire che, al di là della soluzione adottata nei singoli casi, la giurisprudenza degli organi di Strasburgo in ordine alla tutela processuale dei minori nei procedimenti interni che li riguardino ha comunque consentito di evidenziarne le carenze fornendo, in ultima analisi, la trama da lasciar elaborare ai redattori del progetto di convenzione europea per l'esercizio dei diritti del minore (236).

20. – Il progetto di convenzione sull'esercizio dei diritti del minore intende assicurare ai minori al di sotto dei diciotto anni un'adeguata tutela nei procedimenti interni di natura «familiare», attribuendo loro determinati diritti di carattere processuale: sostanzialmente, il diritto di essere sentito e di esprimere le proprie opinioni (art. 3) e, in caso di conflitto con i genitori (o i rappresentanti legali), la possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale (art. 4).

Sostanzialmente il progetto — che nel Preambolo espressamente si riferisce alla Convenzione di New York, in particolare al suo art. 4 (237)

---

(233) *Eur. Court* H.R., *Nielsen case, Judgment of* 28 *November* 1988, *Series A*, n. 144; v. *supra* I, par. *4*.

(234) *Eur. Court H.R., Olsson 2, Judgment of* 27 *November* 1992, *Series A*, n. 250; v. *supra* I, par. *7*.

(235) *Partly Dissenting Opinion of Judge Pettiti, Joined by Judges Matscher and Russo, ibidem*, p. *46*.

(236) *Draft European Convention, cit.*

(237) Si tratta, in particolare, del *3° Considerando* «Tenant compte de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et en particulier de l'article 4 qui exige que les Etats Parties prennent toutes les measures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans ladite Convention».

— ha riguardo alla tutela processuale dei minori nelle procedure «interéssant les enfants devant une autorité judiciaire(238)..notamment celles relatives à l'exercise des responsabilités parentales, s'agissant, en particulier de la résidence et du droit de visite à l'egard des enfants». E il rapporto esplicativo, nell'esemplificare i procedimenti familiari cui il progetto di convenzione risulterebbe applicabile, menziona i procedimenti relativi alla «garde, l'établissement et la contestation du lien de filiation, la légitimité (déclaration, contestation), l'adoption, la tutelle, l'administration des biens de l'enfant, l'assistence éducative, la déchéance de l'autorité parentale».

Di per sè, il progetto di convenzione non è pertanto applicabile a tutti i procedimenti familiari. Al momento del deposito dello strumento di ratifica, ciascun Stato dovrà infatti — mediante dichiarazione indirizzata al Segretario generale del Consiglio d'Europa — indicare almeno tre «tipi» di procedimenti cui la Convenzione andrà applicata; è fatta comunque salva la possibilità di estendere la lista dei procedimenti rilevanti ai fini della Convenzione, come pure la facoltà per gli Stati contraenti di estendere l'applicazione delle garanzie previste dal progetto di convenzione ad ogni altro procedimento nel quale sia coinvolto un minore.

Certo, l'aver limitato l'obbligatorietà delle garanzie previste nel progetto di convenzione a tre soli procedimenti «familiari» costituisce un passo avanti per gli ordinamenti come, ad es., quello italiano ove esiste una situazione inadeguata ed insufficiente stante la mancanza di strumenti diretti a consentire al minore che abbia la capacità di discernere il diritto di esprimere la propria opinione (239). Ma non è dubbio che codesto progetto — nella sua attuale formulazione — non risulti destinato a soddisfare *tutte* le esigenze di tutela che la giurisprudenza di Strasburgo ha evidenziato; nè, tanto meno, può garantire la compiuta realizzazione dell'obiettivo previsto dall'art. 4 della Convenzione di New York.

In particolare, quanto al rapporto con la Convenzione europea, va precisato che secondo l'orientamento della Corte nel caso *Bouamar* ogni procedimento avanti alle giurisdizioni nazionali che coinvolga un minore dovrà essere condotto nel rispetto delle esigenze di rapidità previste

---

(238) Secondo quanto precisato nel Rapporto esplicativo, p. 15, punto 24 «au sens de la présente Convention, doit être considérée comme une «autorité judiciaire», outre les tribunaux, toute autorité administrative ayant des pouvoirs juridictionnels équivalents dans les procédures familiales. Les autorités administratives ont été mentionnées dans la mesure où, dans certains Etats, les compétences appartenant aux tribunaux sont également exercées par des autorités administratives dans certains types de procédures familiales».

(239) Cfr. ARBIA, La posizione *del* minore nei *procedimenti* di separazione e di divorzio, in La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano, a cura di SAULLE, Napoli, 1994, pp. 177 ss.

dall'art. 5.4 della Convenzione europea. Sempre alla luce di codesta norma, dovrà poi esser rispettato il diritto dei minori alla assistenza di avvocati, non potendo considerarsi sufficiente la comparizione personale. Al contrario, nel progetto di convenzione il diritto del minore ad essere assistito da un avvocato (o quanto meno da soggetti qualificati) è definito un «additional procedura1 rights», che gli Stati non sono obbligati a riconoscere ai minori.

Neppure va dimenticato che nel caso *Nielsen* la Commissione aveva ravvisato nella mancata nomina di un curatore speciale del minore in conflitto d'interessi con il genitore, e nel fatto di non aver salvaguardato il diritto del minore ad essere «sentito»la violazione dell'art. 5.4 della Convenzione europea.

In definitiva, ciò che si vuol dire è che anche prospettando l'entrata in vigore di tale progetto, non potrà escludersi, soprattutto per gli Stati che ratificandolo si limitino a disporre l'applicazione della Convenzione a tre soli procedimenti familiari, un giudizio di non conformità con la Convenzione europea per l'appunto sotto il profilo della carenza nella tutela processuale dei minori.

Resta da dire che il progetto di convenzione è «limitato»anche sotto un altro profilo. Secondo tale progetto, infatti, il riconoscimento dei diritti processuali del minore, in particolare il diritto di essere sentito e di richiedere la nomina di un curatore speciale, è subordinato all'esistenza in capo al minore di un «sufficient understanding»: requisito, questo, da valutarsi alla luce del diritto interno. E alla luce del diritto interno cui pure il progetto rinvia, andrà valutata l'esistenza del conflitto fra minore e genitore ossia del requisito che legittima il minore a richiedere la nomina di un curatore speciale.

In questo contesto, se la Repubblica italiana dovesse orientarsi alla ratifica del progetto di convenzione([240]), sarà necessario predisporre l'ordinamento per consentire che i rinvii previsti dal progetto possano operare: a tal fine, la proposta di legge per l'introduzione di «norme per la tutela dei minori» offriva una risposta tutto considerato adeguata e in sintonia con l'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo. Essa prevedeva, anzitutto, che «nelle procedure giudiziarie e amministrative che riguardano minori che abbiano compiuto i dodici anni o, se opportuno, anche di età inferiore, essi devono essere ascoltati con modi e forme che consentano di percepire il loro vero pensiero, senza arrecare loro grave turbamento»; prevedeva, inoltre, la possibilità di nomina di un curatore speciale «nelle

([240]) Allo stato attuale la Repubblica italiana ha proceduto alla firma del progetto di convenzione il 25 gennaio 1996 insieme a Finlandia, Grecia, Islanda, Lussemburgo e Svezia.

procedure giudiziarie in cui possa esistere un *conflitto, anche potenziale, di interessi tra il minore ed uno o entrambe i genitori»* ([241]).

A ben vedere insomma, indipendentemente dalle vicende del progetto di convenzione e dagli obblighi (limitati) che esso potrà porre in capo agli Stati, risulta oramai imprescindibile un adeguamento mediante procedimento ordinario dell'ordinamento italiano ai diritti di natura processuale già contemplati dalla Convenzione europea, come interpretati dalla giurisprudenza dei suoi organi di garanzia, e dalla Convenzione di New York, pur'essa utilizzata dagli organi di Strasburgo a fini interpretativi.

([241]) **Proposta di** legge **n. 2654 (art. 5),** *cit.*

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

ERICH SAMSON

I REATI ECONOMICI NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

INTRODUZIONE

In Germania, negli ultimi vent'anni, il diritto penale dell'economia ha fatto passi da gigante, sia dal punto di vista dell'elaborazione scientifica che dell'applicazione giurisprudenziale.

All'inizio degli anni Settanta, il ministero della Giustizia istituì una commissione incaricata di formulare un progetto di riforma della materia. Sulla base delle proposte da questa elaborate, nel 1976 è stata approvata la cosiddetta «Prima legge contro la criminalità economica», la quale ha affiancato alla truffa alcune nuove fattispecie simili, ed ha riformato il diritto penale fallimentare, inserendolo nel codice. La legge del 1976 è stata seguita dall'introduzione, di regola nello StGB, di numerose altre norme penali rilevanti per la materia in questione.

Le ragioni principali che hanno condotto alla riforma sono tre. Anzitutto, stando ai risultati degli studi criminologici, i reati economici producono danni per miliardi di marchi. La loro repressione, tuttavia, era resa parecchio difficoltosa dalla complessa struttura delle fattispecie tradizionali a disposizione (cioé truffa, estorsione e la cosiddetta infedeltà), le quali non riuscivano a coprire alcuni casi tipici. A ciò bisogna aggiungere che né la pubblica accusa, né i giudici penali erano sufficientemente specializzati da poter capire, anche solo a livello giuridico, le forme moderne di criminalità economica.

Per questi motivi non solo è stato modificato il diritto penale sostanziale, ma anche quello processuale, per rendere possibile la specializzazione dei magistrati. Dalla metà degli anni Settanta, ogni Procura ha una sezione che si occupa soltanto di criminalità economica. Attualmente circa il 25% dei pubblici ministeri perseguono esclusivamente i reati in esame. Le sezioni specializzate, inoltre, possono assumere laureati in economia che esercitino funzioni consultive nei confronti dei magistrati procedenti: questi esperti sono detti *Wirtschaftsreferenten*. Analoghi sviluppi si registrano sul piano dell'organizzazione della giustizia: le sezioni dei tribunali penali specializzate in reati economici sono composte da giudici istruiti appositamente in materia tributaria e di bilancio.

La specializzazione si è estesa, sia pure più lentamente, anche alla scienza penalistica. Mentre fino alla fine degli anni Settanta le monografie in materia di criminalità economica erano rarissime, oggi ci sono persino alcune cattedre universitarie specializzate, e il numero delle pubblicazioni è notevolmente aumentato.

Nel 1980 una casa editrice mi ha chiesto se volessi fondare e redigere una nuova rivista di diritto penale economico. Già allora mi era chiaro che avremo trovato sufficienti lettori, ma il problema era trovare abbastanza lavori scientifici da pubblicare. In istituto abbiamo raccolto tutta la dottrina e la giurisprudenza in materia apparsa su tutti i periodici tedeschi nell'anno 1979, ed il risultato è stato piuttosto frustrante: appena 180 pagine. Anche convincendo a scrivere sulla nuova rivista tutti gli autori che avevano pubblicato sul tema nel 1979, il materiale non sarebbe bastato a costituire un periodico scientifico. La casa editrice, tuttavia, è riuscita a concludere contratti con dieci esperti di diritto penale economico, mediante i quali essi si obbligavano a scrivere almeno uno o due articoli all'anno per la rivista: solo così questa è potuta nascere. Nel 1982 uscirono i primi sei numeri (nei primi anni, a causa della scarsità di materiale, il periodico era bimestrale). Dopo sedici anni di lavoro, le cose sono cambiate parecchio. Ora la rivista, l'unica in lingua tedesca specializzata in diritto penale economico, conta nove fascicoli all'anno e circa 400 pagine complessive; e perciò siamo nella felice situazione di poter rifiutare la pubblicazione di articoli che non raggiungano il necessario livello di qualità. Bisogna notare che le pagine dedicate ai reati economici dal complesso delle altre riviste specialistiche sono tante quanto le nostre: negli ultimi diciassette anni la produzione scientifica in questo campo si è quintuplicata, e lo stesso è accaduto alle sentenze.

La sempre crescente importanza pratica e dogmatica della materia, tuttavia, si pone in uno strano contrasto con il fatto che, nonostante le ricche discussioni dottrinali, finora non si è riusciti a definire con un minimo di precisione il concetto di diritto penale economico. Tutti hanno la sensazione che l'uno o l'altro caso, l'una o l'altra problematica scientifica, ricada nell'ambito in esame, ma una definizione astratta ancora manca. Anche il legislatore vi ha rinunciato: disciplinando, in diritto processuale, la competenza delle sezioni specializzate dei tribunali, si è limitato ad elencare i singoli reati. Per quanto riguarda le fattispecie tradizionali (truffa, infedeltà, usura, corruzione), la legge prevede che le sezioni specializzate siano competenti quando una «particolare conoscenza della vita economica» sia necessaria al giudizio.

La medesima incertezza si riscontra a proposito della determinazione del bene giuridico proprio del diritto penale economico. Alcuni autori, ad esempio Tiedemann (1), sostengono che i reati speciali, come la truffa nel

(1) Cfr. TIEDEMANN, in LK, § 265b Rn. 9; LENCKNER, in SCHONKE / SCHRODER, § 265b Rn. 3.

credito o la truffa negli investimenti di capitale, non siano diretti a tutelare soltanto il patrimonio del singolo danneggiato, ma anche l'economia nel suo complesso. Così, per esempio, il bene giuridico della truffa nel credito non sarebbe solo il patrimonio della banca ingannata, ma anche il funzionamento del sistema creditizio nel suo complesso.

La discussione tedesca sul bene giuridico dei reati economici è lungi dall'essere conclusa. Alcuni autori negano, in quest'ipotesi, la sussistenza di un bene giuridico specifico, riferendosi esclusivamente agli interessi individuali della persona offesa (2).

Dunque, una definizione di diritto penale economico manca. Però io devo pur limitare l'ambito della mia esposizione in qualche modo.

Esistono fattispecie che senza dubbio appartengono al diritto penale economico, ma che non sono comprese nel codice, bensì in varie leggi speciali. Il diritto penale complementare è molto più vasto di quello codicistico, e le norme relative sono riportate, con un breve commento, in un'opera di quattro volumi, ciascuna di tremila pagine. La maggior parte di queste fattispecie riguarda il diritto penale economico. La ragione è che il legislatore tedesco considera il diritto dell'economia in parte oggetto del diritto amministrativo, in parte del diritto civile. Per ogni settore economico esiste una legge apposita, ad esempio sui brevetti, sui marchi, sul diritto d'autore, sulla concorrenza sleale, sulla società per azioni, sulla srl, in materia bancaria, creditizia, o di controllo sulle imprese assicurative. Per non parlare, poi, del codice di commercio.

La maggior parte delle norme contenute in queste leggi non sono penali. Ogni volta che il legislatore pensa che certe disposizioni siano particolarmente importanti, inserisce in fondo alla disciplina fattispecie penali, che considerano reato la violazione di particolari obblighi. Ad esempio, la legge sull'attività farmaceutica (*Apothekengesetz*) sanziona penalmente chi gestisce più di una farmacia, la legge sui medicinali (*Arzneimittelgesetz*) prevede il reato di messa in circolazione di medicinali dannosi, e la legge in materia di spa o srl punisce l'amministratore che non chiede per tempo il fallimento.

Non è tuttavia compito di queste lezioni trattare tutte queste norme, o anche solo una parte di esse. Io seguirò invece un altro metodo. Partirò dal tradizionale reato di truffa, cercando di evidenziarne le difficoltà di applicazione a tipici fenomeni di criminalità economica, e poi da tali problemi dedurrò i principi fondamentali sottesi alla struttura delle nuove fattispecie simili alla truffa. A questo proposito mi soffermerò soprattutto sul problema della compatibilità dei nuovi reati con il principio di legittimità.

Analogamente procederò per altri reati fondamentali del codice, nella misura in cui questi interessano fenomeni di criminalità economica. In particolare tratterò l'infedeltà (*Untreue*), che non esiste nell'ordinamento

(2) Vedi TRONDLE, § 265b Rn. 6; SAMSON, in *SK-StGB*, § 265b Rn. 2.

penale italiano, ma è importantissima per il diritto penale tedesco dell'economia. Infine cercherò di esporre i maggiori problemi del nuovo diritto penale fallimentare.

Nel corso dell'esposizione noterete che le fattispecie tedesche di reati economici difettano della necessaria determinatezza. Non nasconderò di guardare con grande perplessità all'evoluzione moderna del diritto dell'economia, e di credere che il legislatore in molti punti è andato troppo in là. Ma non bisogna dimenticare che la mia impostazione critica non è condivisa da tutti. In particolare le procure sembrano essere molto soddisfatte della nuova situazione normativa.

1. LA TRUFFA

A) Considerazioni generali

Nell'ordinamento tedesco la truffa è il più importante reato contro il patrimonio, sia quantitativamente che qualitativamente. Dal punto di vista quantitativo, il numero delle condanne per truffa supera di gran lunga quello relativo agli altri reati contro il patrimonio: basti vedere le statistiche di polizia e quelle giudiziarie, che forniscono anno per anno la cifra totale delle persone sottoposte a sentenza, condannate o assolte.

La rilevanza della truffa sotto l'aspetto qualitativo si comprende già pensando che, in più di cent'anni di storia del diritto penale tedesco, dalla fondazione del Reich (1871) in poi, sono state emesse più di mille sentenze di legittimità aventi importanza fondamentale per il reato in esame. Inoltre, la letteratura specifica sul tema è di dimensioni tali da riempire intere biblioteche.

Una ragione di questo fenomeno potrebbe essere che la dottrina tedesca, nel corso dell'evoluzione storica, ha esteso sempre di più i singoli presupposti applicativi della fattispecie in esame. L'accezione attuale non comprende più soltanto il caso di evidente inganno espresso, seguito da una grave lesione patrimoniale, ossia il prototipo della truffa. Piuttosto, l'esegesi interviene, con funzione regolatrice, nella zona grigia dei comportamenti economici, in cui il discrimine tra abilità commerciale e condotta criminosa risulta problematico.

In questa cornice va inserita poi l'azione del legislatore, il quale negli ultimi vent'anni ha introdotto, per determinati settori economici, nuovi reati speciali, modellati sul tipo della truffa.

Questi ultimi si caratterizzano per la mancanza di singoli presupposti della truffa semplice, estendendo in modo rilevante la punibilità di chi trae profitto dal possesso di maggiori informazioni rispetto alla controparte. Esiste, così, la truffa nelle sovvenzioni (§ 264), la truffa negli investimenti di capitale, detta anche «truffa da prospetto)), (§ 264a), la truffa nel credito

(§ 265b), e perfino il *Computerbetrug,* ossia la truffa a mezzo di computer. L'ultima fattispecie, la truffa negli appalti, è stata introdotta pochi mesi fa, e sanziona gran parte delle violazioni del *Kartellrecht,* cioé della disciplina sugli accordi di cartello tra imprese.

Ma addirittura l'evasione fiscale, reato speciale a tutti gli effetti, è strutturata sul modello della truffa.

L'estensione della truffa a settori essenziali del commercio comporta due problemi interpretativi fondamentali.

1. È pacifico nella dottrina penalistica tedesca che non esiste un autonomo bene giuridico della pubblica fede, e neppure un generale diritto alla verità. Proprio nel campo dei rapporti economici, il trarre profitto dal possesso di maggiori informazioni è in linea di principio un mezzo lecito per raggiungere lo scopo, lecito, di aumentare il proprio patrimonio. Per questo motivo, nell'interpretazione della condotta tipica della truffa sorge il problema centrale di distinguere il lecito approfittamento della mancanza di informazioni da parte della vittima dal raggiro criminoso. Sebbene la questione sia stata affrontata da innumerevoli decisioni della corte suprema e da parecchie monografie specialistiche, si è ancora ben lontani dalla soluzione (3).

2. Diversamente rispetto ai delitti contro la proprietà, la fattispecie di truffa non tutela l'interesse del titolare del patrimonio alla conservazione di singole poste. Infatti, per la sussistenza del reato è necessario un danno patrimoniale, inteso dalla dottrina tedesca come diminuzione del valore totale del patrimonio. Quindi, chi viene indotto con l'inganno a cedere una determinata posta patrimoniale è vittima di una truffa soltanto se non riceve in cambio una controprestazione di egual valore. Ciò significa che, in presenza di un normale contratto di scambio, bisogna valutare la prestazione della vittima e quella dell'agente, per poi porle a confronto. Ma il valore di una singola posta patrimoniale non è sempre lo stesso, e dipende dall'interesse del suo titolare. Per questo motivo, come vedremo in seguito, l'elaborazione scientifica è posta davanti al difficile compito di distinguere, nella valutazione economica delle poste patrimoniali, tra il valore «generale», penalmente rilevante, ed il valore «individuale», che invece non rileva (4).

Tale operazione, tuttavia — come vedremo — costringe ad una problematica lettura restrittiva della capacità individuale di disporre del proprio patrimonio. Nemmeno questo problema ha mai trovato soluzione soddisfacente.

---

(3) R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit* des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; ELLMER, *Betrug* und Opfermitverantwortung, 1986.

(4) CRAMER, Vermogensbegriff und Vermogensschaden im Strafrecht, 1968.

B) La pena

La truffa semplice è punita con la pena pecuniaria, oppure, in alternativa, con la pena detentiva fino a cinque anni. Il tentativo è punibile. In casi particolarmente gravi è prevista la pena detentiva da uno a dieci anni. Se il danno arrecato è di lieve entità (ossia non superiore a circa 70 marchi), o se la vittima è un parente stretto, il reato si persegue a querela dell'offeso.

C) La fattispecie oggettiva

È indiscusso che la formulazione della fattispecie di truffa presenta gravi difetti. L'elemento essenziale della disposizione «patrimoniale» non viene menzionato dalla lettera della legge, ed è frutto di interpretazione. Inoltre, la descrizione della condotta tipica è molto infelice. Giurisprudenza e dottrina si orientano pertanto secondo criteri del tutto diversi, ricavati in via esclusivamente esegetica.

Secondo una prima, grossolana semplificazione, i presupposti della fattispecie oggettiva di truffa sono quattro.

- Innanzitutto, l'agente deve porre in essere una **condotta ingannante.**
- Poi la vittima deve cadere in un **errore.**
- La vittima in errore deve compiere una **disposizione patrimoniale.**
- Da quest'ultima deve risultare un **danno patrimoniale** alla vittima o ad un terzo.

In realtà, la fattispecie oggettiva della truffa contiene più presupposti, perché tra i quattro elementi principali deve esser presente il **nesso di causalità,** e perché, secondo gran parte della dottrina, la vittima **non deve essere consapevole di danneggiare** sé stessa o terzi.

A differenza dell'art. 640 del c.p. italiano, non occorre che l'agente o un terzo abbiano conseguito un **effettivo vantaggio patrimoniale.** Il profitto diviene rilevante, piuttosto, sul piano della fattispecie soggettiva.

I. LA CONDOTTA TIPICA (L'INGANNO)

Riguardo a questo presupposto devono distinguersi due sub-elementi. Anzitutto bisogna chiarire che cosa possa essere **oggetto dell'inganno.** In secondo luogo dobbiamo definire **la condotta ingannante.**

a) L'oggetto dell'inganno [5]

Secondo la definizione di base, è possibile ingannare soltanto su **fatti attuali.** Ciò significa, in linea di principio, che un inganno su meri giudizi di valore o su avvenimenti futuri non integra la fattispecie.

---

[5] **SAMSON / GUNTHER,** in *SK-StGB,* § *263* Rn. *9* ss.

Questo assunto rende fondamentalmente possibile determinare quali vittime siano degne di tutela e quali no. Il criterio distintivo non è il grado di stupidità della vittima, perché devono essere tutelate anche e proprio le persone intellettualmente deboli. Piuttosto, il discrimine si fonda sulla circostanza se la vittima abbia usato o no un **minimo di diligenza** nella decisione rilevante per il proprio patrimonio.

Alla base di ciò sta la considerazione che il titolare del patrimonio condurrebbe i propri affari in modo estremamente negligente se facesse affidamento esclusivo sui giudizi di valore dell'agente, oppure sulle sue affermazioni riguardo ad eventi futuri. Perciò non viene tutelato chi compra un quadro per una somma elevata soltanto perché I'agente ne ha affermato il particolare valore artistico, oppure chi acquista delle azioni solo perché l'agente ha detto che la loro quotazione sarebbe salita parecchio nelle prossime quattro settimane.

La giurisprudenza e la dottrina, tuttavia, estendono notevolmente i due elementi centrali del fatto e dell'attualità, rendendo indeterminata la portata applicativa della fattispecie, e praticamente cancellando la definizione dell'oggetto dell'inganno come fatto attuale. Le vie che conducono a questo risultato sono più d'una.

aa. Giudizi di valore con contenuto di fatto

Questa espressione tiene conto della circostanza che spesso, formulando un giudizio di valore, vengono implicitamente affermati determinati fatti. Ad esempio, chi sostiene di esser proprietario di una cosa, o che un quadro sia autentico, oppure che un fondo valga il prezzo richiesto, contemporaneamente afferma anche i fatti su cui tale giudizio di valore si fonda. In effetti, dicendo di esser proprietari di una cosa, si afferma anche il fatto del trasferimento di proprietà. La frase «il quadro è autentico» presuppone il fatto che esso sia stato dipinto da un determinato pittore. Sostenere che un fondo abbia un certo valore implica il fatto che altre persone sono disposte a comprarlo per quel prezzo.

bb. Fatti interiori

L'affermazione di un awenimento futuro, che non integra il reato di truffa, di regola implica l'affermazione del fatto di essere convinti che quell'avvenimento futuro si awererà. Il convincimento interiore dell'agente è però un fatto attuale, su cui si può ingannare, commettendo truffa.

Il concetto di fatto interiore serve soprattutto a risolvere i casi in cui I'agente induce in inganno sulla sua futura solvibilità. Chi sostiene oggi che in futuro potrà e vorrà pagare, implicitamente afferma anche di esser convinto (fatto interiore attuale) di essere solvibile in futuro. Con questo artificioso espediente si fanno rientrare nella truffa, ad esempio, tutti i casi di insolvenza fraudolenta ex art. 641 del codice italiano.

cc. Giudizi di valore di persone particolarmente competenti

I meri giudizi di valore bastano ad integrare la fattispecie di truffa quando provengono da una persona che si afferma particolarmente competente in una data materia. In quest'ipotesi, infatti, l'affidamento nella particolare competenza dell'agente esclude che il comportamento della vittima possa esser valutato come negligente.

dd. Giudizi di valore nell'ambito dei rapporti di consulenza

Una soluzione simile alla precedente è data al caso in cui l'agente e la vittima siano legati da un particolare contratto di consulenza. Questa estensione dell'oggetto dell'inganno è utile soprattutto a considerare truffa il caso in cui avvocati, medici, architetti o altri consulenti chiedano onorari esorbitanti.

Considerando l'insieme delle suddette estensioni dell'oggetto dell'inganno, risulta chiaro che la definizione di base dell'«inganno su fatti attuali» esclude dalla fattispecie pochissime condotte potenzialmente ingannatrici. In pratica restano fuori dalla tipicità soltanto descrizioni esageratamente positive delle prestazioni dell'agente che non abbiano fondamento fattuale. Se per queste ipotesi non può parlarsi di truffa, tuttavia esse costituiscono reato in base alla fattispecie speciale del § 4 della legge sulla concorrenza sleale *(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG).*

b) La condotta ingannante (6)

La più marcata estensione interpretativa della truffa viene operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul presupposto della condotta ingannante. Il tipico, normale caso di truffa vede l'agente indurre la vittima in una falsa rappresentazione mediante dichiarazioni espresse. Parlare di inganno qualora, invece, dichiarazioni espresse manchino, significa toccare il confine tra lecito e illecito approfittamento del possesso di maggiori informazioni.

Questa estensione della condotta tipica avviene con l'aiuto di due elementi. La giurisprudenza in primo luogo adopera, da sempre, il concetto di inganno implicito, e in secondo luogo fa largo uso della possibilità di costruire, attraverso il §13 del codice penale tedesco, la fattispecie di **truffa** omissiva. Quest'ultima dovrebbe sussistere quando l'agente, violando un proprio obbligo, ha omesso di impedire che la vittima cadesse in errore, oppure che vi rimanesse.

a) Il concetto di inganno espresso è ancora pacifico. Sussiste inganno espresso quando l'agente trasmette alla vittima un'informazione con

(6) **SAMSON / GUNTHER, in** *SK-StGB,* § *263* **Rn. 21** ss.

l'aiuto di **segni** che, secondo gli usi o per accordo delle parti, hanno la funzione di rappresentare una circostanza di fatto. Tra questi rientrano non soltanto l'uso di una lingua o scrittura corrente, ma anche gesti abituali quale, ad esempio, il cenno del capo.

Si ritiene che possa commettersi inganno espresso anche impiegando macchine aventi la funzione di rappresentare circostanze di fatto. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'agente vende un'automobile dopo averne manomesso il contachilometri, per simulare che il veicolo abbia percorso una distanza minore. Qui l'agente non emette una propria dichiarazione, ma mette a disposizione della vittima l'informazione sul numero di chilometri percorsi dal mezzo. La macchina (il contachilometri) ha infatti il compito di informare su questa circostanza di fatto.

b) Molto più problematico è il concetto di **inganno implicito.** Qui l'agente emette una dichiarazione conforme a verità, ma la vittima ne deduce false circostanze di fatto. Nel caso più semplice, l'agente ordina un pranzo al ristorante e non dice altro. Secondo la dottrina tedesca, l'ordinazione contiene anche l'affermazione implicita sulla volontà e possibilità di pagare quanto ordinato. Se in seguito risulta che l'agente non aveva abbastanza soldi per pagare il conto, sussiste il reato di truffa.

Non è stato chiarito, tuttavia, secondo quale criterio generale possa dirsi che una determinata affermazione di fatti sia compresa in un'altra affermazione di fatti. La giurisprudenza finora si è sempre accontentata di enunciare che il fatto falso è stato «**co-dichiarato**».

Sulla base di una analisi approfondita dei numerosi esempi giurisprudenziali, Lackner (7) è giunto alla conclusione, condivisa da molti autori, che la decisione se nel caso concreto possa parlarsi di un fatto implicitamente «co-affermato» o no dipende esclusivamente da chi sia tenuto, secondo il tipo di contratto sussistente tra le parti, a sopportare il rischio dell'errore. Si tratterebbe, cioé, soltanto della ripartizione del rischio tra le parti di un contratto, operata secondo i principi civilistici, ed in particolare secondo il principio, contenuto nel § 242 BGB, che il contratto dev'essere interpretato secondo buona fede. Tuttavia Lackner fa soltanto un'analisi strutturale, seppur esatta, del problema. La sua teoria non contiene alcun criterio sicuro per individuare quale ripartizione del rischio debba esser effettuata nel caso concreto.

Giurisprudenza e dottrina controvertono sui casi seguenti:

– Un impiegato di banca cambia in marchi dinari jugoslavi, al loro vecchio corso, sebbene il giorno prima il dinaro sia svalutato di 1:1000. Il cliente lo sa, ma tace.

– Un cliente di una banca vede che per errore gli sono stati accreditati centomila marchi, e li preleva senza far menzione dell'errore della banca.

---

(7) **LACKNER,** in ***LK,*** § ***263*** Rn. ***23 ss.***

- L'agente vende un fondo edificato senza avvisare l'acquirente che mancava la concessione edilizia. L'edificio viene poi demolito per ordine dell'autorità.
- L'agente scommette su un cavallo, senza dire che già conosce il risultato della corsa.
- L'agente, in un annuncio su un giornale, propone di impiegare denaro, per conto di chi voglia aderire all'iniziativa, in operazioni a termine su merci. Egli avverte del grosso rischio di perdita totale, ma non dice di voler trattenere, come compenso per la sua attività, il **30** % della somma.

In tutti questi casi, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno ravvisato un inganno implicito, mentre singoli autori e singole sentenze lo hanno negato.

È chiaro che in una situazione simile la decisione del giudice sul singolo caso non possa essere pronosticata. Ciò crea notevoli problemi in ordine alla determinatezza della fattispecie.

c) La **truffa omissiva** è costruita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ricavando dalle obbligazioni contrattuali accessorie l'obbligo di chiarimento, ai fini del § 13 del codice penale tedesco. Per la stretta parentela tra truffa implicita e truffa omissiva, quest'ultima assume rilievo autonomo praticamente solo quando non ci sia alcuna comunicazione tra agente e vittima. In tutte le altre ipotesi, se è presente un obbligo di dichiarazione dell'agente, siamo nel campo della truffa implicita.

La questione se sussiste o no truffa omissiva si pone, ad esempio, nel caso seguente. Un soggetto vende una grande quantità di cereali ad un prezzo adeguato. Viene concordato che prima l'acquirente debba venirsi a prendere i cereali, e poi ne paghi il prezzo. Il venditore si accorge, prima che la controparte abbia ritirato la merce, che questa nel frattempo è andata a male, ma non prende alcuna iniziativa. Ci si chiede se il venditore sia obbligato a fornire un'informazione simile prima del pagamento del prezzo. Se dal principio di buona fede di cui al § 242 BGB può dedursi un tale obbligo contrattuale secondario, siamo in presenza di truffa omissiva.

Le obiezioni sollevate dalla dottrina a questa soluzione sono molte (8). Alcuni criticano l'intera figura della truffa omissiva, altri la ammettono solo qualora l'agente abbia inadempiuto un obbligo contrattuale principale di consulenza. La giurisprudenza, tuttavia, non si lascia impressionare da questi rilievi, configurando la truffa omissiva anche quando siano inadempiute soltanto obbligazioni contrattuali secondarie (9).

---

(8) SAMSON / GÜNTHER, in *SK-StGB*, § 263 Rn. 52 ss.
(9) Vedi, ad esempio, BGHSt. 6, 199; BGH *wistra* 1988, 262; 1992, 298.

II. L'ERRORE

a) Definizione

Per errore si intende una rappresentazione soggettiva non corrispondente alla realtà. Come per l'inganno, anche qui si distinguono diversi **gradi,**

L'errore che non comporta problemi è la cosiddetta **falsa rappresentazione attuale.** La vittima, cioé, si immagina un determinato fatto concreto, che non esiste in realtà o non esiste in quei termini.

Ci sono tuttavia anche ipotesi in cui l'agente non si immagina un fatto concreto, ma pensa in generale che **tutto sia a posto. È** pacifico che basti anche questa rappresentazione generale a costituire errore.

Invece, se l'agente **non conosce** determinate circostanze di fatto sfavorevoli che sono in realtà presenti (ignorantia *facti*), secondo unanime opinione non si tratta di errore rilevante ai fini della truffa.

Il concetto di errore crea rilevanti problemi pratici proprio nel diritto penale dell'economia.

b) Problemi legati al concetto di errore

Una questione ancora irrisolta, e relativamente poco trattata in dottrina, riguarda il grado di intensità necessario affinché l'errore sia penalmente rilevante. Il problema è noto come **«errore nel dubbio** [10]».

Per esempio, la persona cui venga offerto sulla porta di casa, da un venditore ambulante, un tappeto persiano presunto autentico per il prezzo di cento marchi, spesso riterrà tutt'al più possibile che esso sia davvero autentico, ma di solito non ne sarà mai sicura. Se poi l'acquisto avviene, in considerazione della possibilità che l'oggetto sia autentico, ci si chiede se si sia in presenza di una truffa o no.

Simile è il problema, molto più importante per il mondo economico, della vendita per corrispohdenza. In Germania esistono grandi magazzini che smerciano i loro articoli esclusivamente tramite cataloghi inviati per posta. Dopo che il cliente ha ordinato, il venditore spedisce la merce, nella speranza di essere pagato. Le statistiche relative a questo genere di contratti rivelano che circa il 5-8 % dei clienti trattiene la merce e non paga proprio, oppure è costretto a pagare soltanto in forza di una sentenza civile.

Se un cliente insolvibile commette truffa o no, dipende in primo luogo dalla questione se la sua ordinazione possa esser considerata una condotta ingannante. Per la giurisprudenza ciò non è un problema: con l'aiuto della truffa implicita, essa afferma che il cliente ha co-dichiarato nell'ordinazio-

---

[10] SAMSON / GÜNTHER, in *SK-StGB*, § 263 Rn. 52 *ss.*

ne la sua possibilità e disponibilità a pagare. Più difficile è affermare che il dipendente della ditta di vendite per corrispondenza, il quale ha spedito la merce, è caduto in errore sulla solvibilità del cliente. Poiché di regola egli conosce le statistiche sui mancati pagamenti, può aver spedito la merce tutt'al più per errore nel dubbio.

È controverso, nella dottrina tedesca, se in quest'ipotesi possa ancora parlarsi di errore. Mi sembra interessante una proposta di Ellmer (11), che rende evidente gli interessi di fondo coinvolti in questo giudizio. Secondo l'autore bisogna distinguere a seconda del settore economico. Se il tipo di negozio, in base a considerazioni di politica economica, è valutato positivamente, sussiste un motivo per estendere la fattispecie di truffa e quindi per ammettere l'esistenza di un errore. Questo sarebbe, per esempio, il caso delle vendite per corrispondenza. Invece i negozi porta a porta, di solito truffaldini, non sarebbero degni di tutela, per cui l'errore sarebbe da negare.

La tesi di Ellmer è interessante, perché ricorre apertamente a considerazioni di politica economica per interpretare un presupposto di un reato.

Simile è l'ipotesi dell'abuso di assegni e carte di credito. Quando, per pagare delle merci, viene emesso un assegno garantito, presentando anche la apposita carta assegni della banca, quest'ultima garantisce il pagamento se sono state osservate le sole prescrizioni formali in materia, quindi anche qualora l'assegno sia scoperto. Lo stesso vale per le carte di credito.

La giurisprudenza (12) ha ravvisato il reato di truffa nell'abuso di assegni garantiti, con il seguente ragionamento. Emettendo un assegno garantito, l'agente afferma implicitamente che il suo conto possa coprirlo. Il venditore che accetta l'assegno si trova in errore. Consegnando la merce, questi dispone del proprio patrimonio. Tuttavia non subisce alcun danno, perché comunque ottiene il pagamento del prezzo dalla banca. Per questo motivo la giurisprudenza ha applicato la costruzione della cosiddetta truffa a triangolo: il venditore, accettando l'assegno, compirebbe una seconda disposizione patrimoniale, ma non sul proprio patrimonio bensì su quello della banca. Infatti, l'accettazione dell'assegno obbliga la banca a liquidarlo, provocandole un danno.

La dottrina si è opposta decisamente a questo orientamento, in particolare sottolineando come sia irrealistico pensare che il venditore, accettando l'assegno, si trovi in errore riguardo alla sua copertura, perché per lui questa circostanza non è rilevante. Di conseguenza il BGH (13), circa dieci anni fa, per il caso parallelo dell'abuso di carte di credito, ha negato l'errore del venditore. Temendo (a ragione) che questo nuovo orientamento giurispru-

---

(11) Vedi alla nota n. 3.
(12) BGHSt. 24, 386.
(13) BGH NJW 1985, 2281.

denziale si estendesse anche all'ipotesi dell'assegno garantito, il legislatore allora ha introdotto l'autonoma fattispecie del §266b, che punisce il titolare del mezzo di pagamento in caso di abuso di carta di credito o carta assegni.

Anche in un altro settore economicamente rilevante il tentativo di configurare il reato di truffa fallisce per la mancanza dell'errore. Si tratta del caso in cui l'agente fornisce false informazioni ad un distributore automatico. Ad esempio, chi preleva denaro dal bancomat con la propria carta, sebbene la somma non sia coperta dal conto, può anche porre in essere una condotta ingahnante, ma non si potrà parlare di errore, che è una falsa rappresentazione umana. A questa condotta sarà applicabile la nuova fattispecie di truffa a mezzo di computer, di cui al §263a.

Comunque, le fattispecie speciali simili alla truffa finora menzionate saranno approfondite in seguito.

III. La disposizione patrimoniale

a) Considerazioni generali

Secondo una prima, ancora grossolana definizione, per disposizione patrimoniale si intende ogni azione (compresa la tolleranza e l'omissione) che incida su un qualsiasi bene del patrimonio. Fin qui il diritto penale tedesco ed italiano concordano.

Come rivela già questa formula, all'interno del concetto di disposizione patrimoniale bisogna distinguere due elementi. In primo luogo dev'essere definito con maggiore esattezza l'atto che incide sul bene del patrimonio, ossia la **disposizione** vera e propria. In secondo luogo bisogna chiarire cosa si intenda per **patrimonio nel senso del diritto penale.**

b) Il concetto di disposizione (14)

Per prima cosa è da precisare che il soggetto che cade in errore deve coincidere con l'autore della disposizione, ma quest'ultimo non deve essere necessariamente anche il **titolare del patrimonio.** In altre parole, una disposizione patrimoniale ai sensi della fattispecie di truffa è anche l'atto incisivo sul patrimonio altrui. In tal modo nasce la figura giuridica della cosiddetta **truffa a triangolo.** Essa comprende, ad esempio, i casi in cui l'agente inganna un dipendente del titolare del patrimonio, inducendolo a consegnargli beni di quest'ultimo. Qui il dipendente è contemporaneamente il soggetto che cade in errore e quello che pone in essere la disposizione, ma non il titolare del patrimonio danneggiato. Ciò nonostante siamo in presenza di una truffa (appunto, a triangolo).

---

(14) Cfr. CRAMER, in SCHONKE / SCHRODER, §263 Rn. 65 ss.

La medesima costruzione rende possibile la truffa processuale. Se l'attore inganna il giudice civile su fatti rilevanti per la decisione, chi cade in errore è il giudice: anch'egli dispone, nella sentenza, di un patrimonio altrui, cioé di quello del convenuto condannato.

Lo schema della truffa a triangolo, pur rispondendo ad esigenze pratiche (i due esempi sopra descritti dovrebbero averlo reso evidente), rende notevolmente problematica la distinzione tra truffa e furto. Supponiamo che l'agente voglia rubare utensili di valore da una cantina, la cui finestra è troppo stretta per lui. Egli dice a un dodicenne di essere proprietario di quegli utensili, e lo prega di introdursi nella cantina attraverso la finestrella, e di consegnargli gli oggetti. Anche il dodicenne, in questo caso, incide per errore sul patrimonio del vero proprietario. Se per disposizione si intendesse ogni atto incisivo del patrimonio di un qualunque soggetto, in questo caso sussisterebbe il reato di truffa. Qui l'agente, però, si serve del dodicenne come di uno strumento, e, ingannandolo, ottiene che questi sottragga cose mobili altrui, ai sensi della fattispecie di furto. Può trattarsi dunque di furto secondo lo schema della c.d. reità mediata (*mittelbare Täterschaft*).

Poiché, secondo il principio di colpevolezza (Schuldprinzip), il medesimo danno non può dar luogo contemporaneamente a due reati contro il patrimonio, è necessario decidersi tra truffa a triangolo e furto in reità mediata. La stessa scelta tra l'una o l'altra delle fattispecie potrebbe essere operata anche in base alle regole del concorso di reati. Tuttavia, nella dogmatica tedesca relativa ai delitti contro il patrimonio domina il cosiddetto principio di esclusività: se è possibile, bisogna tentare già di definire le singole fattispecie in modo da escludere l'applicazione contemporanea di più reati, in ragione del principio di colpevolezza. Quindi, se è possibile, si deve determinare i concetti di sottrazione e di disposizione in modo che non si sovrappongano. Così, o è integrata la truffa a triangolo, oppure il furto in reità mediata.

Nel nostro caso, il problema si risolve intendendo per disposizione solo l'atto incisivo del patrimonio altrui da parte di chi si trova in un particolare rapporto di vicinanza con quel patrimonio. Quindi può parlarsi di truffa solo se l'agente, a causa di tale particolare rapporto, è costretto a servirsi dello strumento. Qui, invece, siamo in presenza di un furto in reità mediata.

Non scenderemo a trattare ulteriori aspetti particolari del concetto di disposizione, in quanto non costituiscono veri e propri problemi del diritto penale economico, bensì punti di vista sistematici specifici dei reati contro il patrimonio nell'ordinamento tedesco.

c) *Il* concetto di patrimonio

aa. Introduzione

Il problema di determinare che cosa possa far parte del patrimonio penalmente tutelato è vivacemente dibattuto in Germania da più di un se-

colo. Esso si articola essenzialmente in due questioni. In primo luogo, in passato era fortemente controverso se il patrimonio penalmente tutelato comprendesse solo i diritti soggettivi oppure no. La risposta positiva, implicante una stretta dipendenza dal diritto civile, è stata sostenuta fino alla fine del secolo scorso. Oggi è stata sostituita da una **concezione effettiva.**

Svincolando il diritto penale dal diritto civile, e facendo rientrare nel patrimonio penalmente tutelato ogni posizione effettiva avente valore economico, sorge il secondo problema: devono essere tutelate anche quelle posizioni econqmiche effettive cui l'ordinamento neghi giuridica approvazione? La domanda suscita tuttora intense dispute.

11 concetto di patrimonio oggi dominante, compresi i suddetti controversi enunciati parziali, può essere capito soltanto osservando l'evoluzione storica degli ultimi cent'anni. Perciò è necessario accennare alla concezione dominante nel secolo scorso.

bb. La (superata) concezione giuridica del patrimonio (15)

La cosiddetta concezione giuridica intendeva per patrimonio penalmente rilevante **tutti** e **solo** i **diritti soggettivi** di una persona. Ciascuno dei due enunciati di questa definizione comportava conseguenze che nel dibattito scientifico hanno suscitato forti critiche.

Comprendendo nel concetto di patrimonio **tutti** i diritti soggettivi del titolare, la fattispecie di truffa tutelava anche i **diritti privi di valore economico,** come i meri interessi affettivi. Ad esempio, era possibile commettere truffa sottraendo i riccioli dell'amata, conservati per vent'anni, oppure le lettere d'amore salvate per sentimentalismo. Si è obiettato che in questo modo la truffa veniva a perdere il suo carattere di reato contro il patrimonio. Infatti, se il valore economico di un bene è irrilevante, contando solo la circostanza che esso sia oggetto di un diritto soggettivo (come la proprietà), allora la truffa diviene simile a un reato contro la proprietà, che tutela la formale titolarità di diritti soggettivi.

Ma ancora più importante per la formulazione della critica decisiva al concetto giuridico di patrimonio è stata la seconda conseguenza. Considerando nel patrimonio penalmente tutelato **solo** diritti soggettivi, la portata applicativa della truffa era — dal punto di vista della politica del diritto — troppo ristretta. Già la vita economica del 19esimo secolo aveva reso evidente che determinate posizioni di fatto avevano valore economico, senza che per questo assumessero la qualità di diritti soggettivi. Si trattava in primo luogo della forza lavoro, e in secondo luogo di ciò che oggi viene chiamato *know how.*

Chi induce i propri dipendenti a lavorare illudendoli con la falsa promessa di futuri corrispettivi non avrebbe commesso truffa, secondo il con-

(15) BINDING, Lehubuch, BT, 1. Band, **p. 238.**

cetto giuridico di patrimonio, perché la forza lavoro in Germania non è oggetto di un diritto soggettivo. E nemmeno saremmo in presenza di una truffa se un imprenditore, il quale ha 'sviluppato un processo di produzione particolarmente efficiente, non facendolo registrare come brevetto, ma considerandolo come un c.d. segreto aziendale, poi lo rivela in cambio di denaro in realtà falso, o di un assegno o di una cambiale scoperta.

Il concetto giuridico di patrimonio è stato abbandonato all'inizio di questo secolo, in conseguenza dei due problemi sopra descritti e delle relative obiezioni sistematiche e di politica del diritto. Oggi non è più seguito da nessuno.

cc. Il concetto economico di patrimonio

(1) Il suo contenuto

Il concetto economico di patrimonio si è sviluppato come reazione al mero concetto giuridico, tentando di ovviare alle due obiezioni sollevate contro quest'ultimo. Secondo la nuova definizione, il patrimonio penalmente tutelato comprende **tutti** i **beni aventi valore economico.** Anche da questa concezione possono dedursi due enunciati parziali.

Anzitutto, considerando **solo** beni aventi valore economico, i reati contro il patrimonio (e quindi anche la truffa) non tutelano i diritti soggettivi privi di detto valore. Così si tiene conto dell'obiezione di ordine sistematico che era stata formulata contro la concezione giuridica.

In secondo luogo, comprendendo **tutte** le posizioni soggettive aventi valore economico, si fa rientrare nel concetto penalistico di patrimonio anche le posizioni soggettive aventi valore economico ma non costituenti ancora oggetto di diritti soggettivi secondo il diritto civile, come la forza lavoro o i segreti aziendali. In tal modo viene tenuto conto anche dell'obiezione di politica del diritto mossa contro la vecchia definizione.

Dal 1950 la giurisprudenza di legittimità (BGH e *Oberlandesgerichte)* ha applicato quasi senza eccezioni il concetto economico di patrimonio (16). Alcune decisioni, però, sono state fortemente criticate dalla dottrina.

(2) Le obiezioni mosse al concetto economico di patrimonio

Nella letteratura penalistica oggi praticamente nessuno contesta più il primo enunciato della concezione economica di patrimonio, secondo cui la tutela è accordata solo alle posizioni soggettive aventi valore economico. Nessuno, quindi, comprende nel concetto penalistico di patrimonio anche i diritti soggettivi privi di valore economico.

(16) BGHSt. 1, 264; 16, 230, 325; 26, 347.

È invece il secondo assunto, ossia la tutela di **tutte** le posizioni soggettive aventi valore economico, che incontra sempre più obiezioni. Ciò è dovuto ad una serie di sentenze poco plausibili dei giudici di legittimità.

In una di queste sentenze l'OLG di Amburgo ([17]) ha deciso il seguente caso. Un cliente aveva concordato con una prostituta il prezzo di una prestazione, pagando in anticipo. La prostituta poi si rifiutò di compiere il rapporto sessuale. Il cliente pretese la restituzione del denaro. A quel punto comparve il suo protettore, che picchiò il cliente in modo che questi «rinunciò» ai suoi soldi.

Sotto l'aspetto civilistico, il contratto tra cliente e prostituta era nullo ex § 138 BGB. Il cliente aveva eseguito un pagamento indebito, ma, in base al § 817 secondo periodo, chi ha eseguito un pagamento indebito contrario al buon costume non può ripeterlo. Quindi il cliente non aveva alcun diritto alla restituzione del denaro, perché il suo comportamento complessivo è disapprovato dall'ordinamento. L'OLG di Amburgo, tuttavia, ritenne ipotizzabile un'estorsione da parte del protettore a danno del cliente. Il concetto di patrimonio nella fattispecie di estorsione è lo stesso della truffa: il giudice, applicando la concezione meramente economica di patrimonio, ha affermato che decisiva non sarebbe tanto la circostanza che il cliente potesse agire in sede civile contro la prostituta, quanto che egli avesse una **possibilità di fatto** di ottenere la restituzione del suo denaro. Il tribunale superiore di Amburgo, nel verificare questo presupposto, si spinse fino a dire che bisognava accertare se la prostituta, senza l'intervento del protettore, sarebbe stata disposta a restituire i soldi «per un residuale sentimento di onestà». La causa andava rimessa al giudice di merito, che avrebbe dovuto compiere tale verifica.

In pratica, se la prostituta avesse detto di esser stata disposta a restituire la somma, per un residuale sentimento di onestà, il protettore avrebbe vanificato con il suo intervento la possibilità di fatto del cliente di riavere il denaro, e quindi avrebbe commesso il reato di estorsione.

Prendendo sul serio questa tesi, essa scatena le conseguenze più strane: anche chi, volendo ammazzare il coniuge, pagasse un killer con denaro falso, commetterebbe truffa a danno del killer, per avergli carpito con l'inganno la forza lavoro, dotata di valore economico.

La giurisprudenza di legittimità non ha ancora dichiarato meritevoli di tutela le reali aspettative di guadagno delle organizzazioni criminali, però ha preso una posizione simile nel caso seguente ([18]).

L'industria farmaceutica tedesca pretende dai grossisti, in Germania, prezzi all'ingrosso notevolmente superiori rispetto a quelli chiesti all'estero. Di questa circostanza aveva approfittato un gruppo di rei, composto da parecchi tedeschi, acquistando dalla casa farmaceutica tedesca Schering di Berlino un milione di confezioni di pillole anticoncezionali, sotto la falsa garanzia di volerle esportare. La combriccola, così, aveva pagato soltanto il

([17]) OLG Hamburg, NJW 1966, 1525.
([18]) BGH *MDR* 1981, 100.

30% circa di quanto la merce sarebbe costata se avessero voluto piazzarla in Germania. Poi, però, ha venduto le pillole a dei grossisti tedeschi. Così la Schering spa è stata danneggiata per aver perso la possibilità di fatto di smerciare il milione di scatole in Germania, ad un prezzo molto superiore.

La difesa aveva eccepito che i prezzi esorbitanti del mercato interno possono essere mantenuti soltanto se i produttori farmaceutici tedeschi impediscono, con misure di vario tipo, che la merce esportata venga poi reimportata in Germania. La possibilità di fatto di vendere all'interno dello Stato i prodotti ad alto prezzo sarebbe dovuta, quindi, ad un comportamento che viola l'art. *30* del trattato Cee, e perciò sarebbe una posta patrimoniale illecita.

Il BGH nel caso di specie ha sostenuto l'ineccepibilità della condanna per truffa, ritenendo che ai fini del concetto economico di patrimonio non rileva la circostanza che la possibilità di fatto di vendere sul mercato interno ad alti prezzi sia stata ottenuta violando le previsioni a tutela della concorrenza nella Cee. Infatti, la fattispecie di truffa avrebbe la funzione di costringere anche i furfanti ad un minimo di onestà.

Sarebbe stato coerente con questo orientamento anche considerare reo di truffa il cliente che pagasse una prostituta con denaro falso, per averle carpito con l'inganno la forza lavoro, cioé un bene avente valore economico solo di fatto. Ma il BGH non ha tratto queste conseguenze, e in un caso del genere ha assolto il cliente. Tale sentenza, sul punto, è priva di motivazione, limitandosi ad affermare che la forza lavoro della prostituta non ha valore per il diritto.

Le obiezioni al concetto meramente economico di patrimonio sono evidenti. Anzitutto la dottrina non mette in dubbio che l'ottica economicistica della giurisprudenza sia corretta. Nessuno auspica la tutela di posizioni soggettive prive di valore economico. D'altra parte, tuttavia, si adduce che la tutela anche delle posizioni soggettive illecite, pur aventi valore economico, pregiudichi l'unità del sistema. Il risultato sarebbe, infatti, che la tutela penale interverrebbe laddove la tutela civile fosse negata a causa della contrarietà del contratto con la legge o il buon costume. L'esempio della reimportazione dei medicinali dimostra addirittura come l'interpretazione del BGH del concetto penalistico di patrimonio avalli praticamente la chiusura dei mercati interni in Europa.

Sulla base di queste critiche la dottrina ha sviluppato il concetto c.d. giuridico-economico di patrimonio.

dd. Il concetto giuridico-economico di patrimonio (19)

La concezione penalistica di patrimonio oggi prevalente in dottrina resta, nei suoi fondamenti, economicistica. Vengono comprese, cioé, solo le

(19) **CRAMER, in SCHONKE / SCHRODER, § 263 Rn.** 82.

poste aventi valore economico, indipendentemente se costituiscono diritti soggettivi o meno. Tuttavia in un punto il nuovo enunciato differisce notevolmente dal concetto di patrimonio seguito dalla giurisprudenza: è negata tutela penale alle posizioni soggettive di mero fatto aventi valore economico, ma illecite, perché aventi origine in un comportamento contrario alla legge o al buon costume.

Ciò significa, in pratica, che per prima cosa bisogna verificare se una posta abbia o no valore economico, e, in caso di risposta positiva, ci si deve chiedere perché essa non costituisca un diritto soggettivo. Se la ragione è la sua illiceità alla luce del diritto pubblico o privato, essa non godrà della tutela penalistica del patrimonio. La ratio di questa nuova concezione è **l'unità dell'ordinamento.**

Di recente la dottrina ha operato un'ulteriore restrizione al concetto di patrimonio. La concezione giuridico-economica guarda, in linea di massima, soltanto alla posta che viene sottratta in modo fraudolento. Si ha truffa se tale posta è lecita. Ne consegue che chi paga con denaro falso un killer non commette il reato in esame, perché non gli sottrae forza lavoro lecita. Ma se il nostro istigatore pagasse un killer che facesse solo finta di voler compiere l'omicidio, il killer compirebbe truffa ai danni del mandante, avendogli sottratto con la frode una posta lecita: la proprietà del denaro! Per evitare questa assurda conseguenza, una variante moderna del concetto economico-giuridico esclude dal patrimonio penalmente tutelato non soltanto le poste illecite, ma anche i diritti soggettivi o altre poste in sé lecite, che **siano impiegati per scopi illeciti.** Questa teoria ha trovato parecchi sostenitori negli ultimi anni ([20]).

Concludendo, va constatato tuttora un enorme divario tra la dottrina, che unanimemente segue la concezione economico-giuridica, e la giurisprudenza, ancorata alla concezione economica. Per ora la soluzione di questo conflitto sembra lontana.

IV. IL DANNO PATRIMONIALE ([21])

a) I fondamenti

Il danno patrimoniale **non** è la perdita di una posta avente valore economico. La ragione è che la truffa, nel diritto tedesco, non tutela l'integrità dei singoli beni patrimoniali, bensì il **valore economico totale** del patrimonio. Un danno patrimoniale si intende provocato quando un atto di disposizione ha diminuito il valore economico totale del patrimonio di un soggetto.

([20]) SAMSON / GUNTHER, in *SK-StGB*, § 263, Rn. 149; SAMSON, *Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffes,* in JA 1989, p. 510; NELLES, *Untreue,* 1990.

([21]) CRAMER, in SCHÖNKE / SCHRODER, § 263 Rn. 99 ss.

Per verificare questo presupposto, bisogna procedere per gradi. Prima si elencano tutte le variazioni di valore che l'atto dispositivo ha prodotto nel patrimonio. Tra queste vi sono non soltanto le poste cedute, ma anche quelle che la vittima ha acquistato con l'atto di disposizione (per esempio, vendendo un'automobile ad un dato prezzo, attraverso il negozio giuridico complessivo verrà persa la proprietà del veicolo, ma ne sarà acquisito il prezzo di vendita).

In un secondo passaggio si procede alla **valutazione** delle poste su cui la disposizione patrimoniale ha inciso. Importanza decisiva assume, in questa sede, il criterio valutativo adottato. Infine bisogna sommare i valori di tutte le poste considerate. Si avrà un danno soltanto se il valore totale delle poste cedute supera il valore totale delle poste acquisite.

Nell'attuazione concreta di questo principio, in sé molto semplice, emergono numerosi problemi, sia pratici che teorici, di difficile soluzione. In parte è possibile aggirarli modificando il concetto di danno, in parte no. Questo è il motivo per cui il legislatore ha introdotto alcune varianti della fattispecie di truffa per determinati settori economici.

b) Il valore delle poste patrimoniali

È pacifico che il valore di ogni singola posta dev'essere inteso come **valore di mercato,** cioé come il prezzo che per essa si pagherebbe sul mercato. Poiché detto valore varia a seconda della fase di scambio, ai fini della nostra valutazione si deve considerare il prezzo relativo alla fase di scambio in cui il negozio concreto si inserisce. Ad esempio, chi con l'inganno carpisce della merce ad un grossista provocherà un danno minore rispetto al caso in cui la stessa quantità di merce sia stata in possesso di un dettagliante.

aa. Valore di mercato e arbitrio

Una conseguenza importante di questo procedimento di valutazione in base al prezzo di mercato è che non può fondare l'esistenza di un danno il solo fatto che la vittima non voleva la controprestazione a quelle determinate condizioni. Ad esempio, se un produttore ordina da un commerciante un macchinario di una certa marca, e il commerciante gliene consegna uno di un'altra marca — sebbene il produttore gli avesse ricordato espressamente quanto importante fosse per lui quella precisa marca — non si può parlare di truffa finché il macchinario effettivamente consegnato ha un valore di mercato corrispondente al suo prezzo di vendita. Il fatto che l'acquirente non volesse una certa marca, ossia l'arbitrio individuale, non è rilevante.

Ciò significa che la truffa tutela solo l'interesse del titolare del patrimonio al mantenimento del valore economico di quest'ultimo. Non viene tutelata invece l'autonomia privata alla cui realizzazione l'impiego del patrimonio è destinato.

Portando alle estreme conseguenze tale assunto, si hanno risultati di questo tipo. Supponiamo che Tizio prenoti in un'agenzia di viaggi un soggiorno in un club vacanze, perché l'agenzia gli ha assicurato che quel club è frequentato prevalentemente da giovani, e che è possibile praticarvi numerose attività sportive. In realtà, però, il club ha lo scopo di trasmettere la cultura classica, ed è frequentato solo da insegnanti di greco e latino sopra i cinquanta. Finché il prezzo pagato da Tizio corrisponde al valore di mercato della prestazione offerta dall'agenzia, non si avrebbe un danno patrimoniale ai sensi della fattispecie di truffa.

Contro questa interpretazione del concetto di danno, e contro la limitata portata della truffa ad essa conseguente, si sono levate relativamente poche voci nella dottrina tedesca. Si può dire che i principi sottesi alla nozione di danno restano pacifici, e che vi vengono operate soltanto alcune correzioni marginali in base ad un punto di vista individuale, come vedremo in seguito.

bb. Valore individualizzato

Un prudente correttivo alla regola del saldo sopra enunciata cerca di rendere il valore di mercato in certa misura individuale, senza mettere in discussione il principio fondamentale. Le limitazioni ad esso apportate risultano chiaramente da due sentenze del BGH. Nel primo caso, un tale aveva acquistato da un grossista numerose paia di pantaloni al prezzo di 16 marchi ciascuna, che il venditore gli aveva assicurato essere di lana. Dopo la consegna ed il pagamento il cliente si accorse che, invece, erano di materiale sintetico. Il BGH non ha accolto l'ipotesi della truffa, motivando che, anche nel commercio all'ingrosso, un paio di pantaloni sintetici costano almeno 16 marchi [22].

Nel secondo caso [23], un rappresentante di una fabbrica di macchinari aveva venduto una mungitrice ad un contadino, proprietario di poche mucche, dicendogli che il prezzo della macchina (8 mila marchi) era parecchio inferiore al normale prezzo di mercato. Il contadino si era convinto a comprarla solo per questo motivo. Infatti, con poche mucche, un impiego redditizio della mungitrice non era possibile. Dopo l'esecuzione del contratto, il contadino venne a sapere che in realtà il prezzo di mercato della macchina era proprio 8 mila marchi.

Il giudice supremo ha ravvisato un danno patrimoniale, anche se il prezzo pagato per la macchina corrispondeva al suo valore di mercato. L'eccezione è stata giustificata dalle particolari circostanze relative a quell'impresa agricola, in cui la mungitrice non avrebbe potuto trovare un impiego redditizio.

---

[22] BGHSt. 16, 222.
[23] BGHSt. 16, 325.

In dottrina si parla, a questo proposito, di **aspetto individuale del danno.** Un'altra ipotesi in cui, in base alle ragioni suddette, si afferma l'esistenza di un danno patrimoniale, pur essendoci equilibrio tra le due prestazioni contrattuali, può essere la vendita con l'inganno di un'enciclopedia o di un complicato libro specialistico ad una persona dotata di un livello culturale troppo modesto per potersene servire. Inoltre va menzionato il contratto che vincola il denaro liquido di un imprenditore in modo da danneggiare l'efficienza dell'azienda (ad esempio quando l'agente induce con l'inganno un uomo d'affari all'acquisto di un impianto di computer del valore di 150 mila marchi, con la conseguenza che l'acquirente resta privo del denaro liquido necessario a portare avanti la sua attività).

In queste ipotesi si rimane in un'ottica meramente economicistica: non vengono considerate le preferenze soggettive del cliente raggirato. Anche se gli oggetti comprati per effetto di inganno non possono essere utili all'acquirente, data la sua situazione individuale, tuttavia il loro valore non può essere considerato nullo. Infatti, l'unico comportamento economicamente ragionevole di chi è proprietario di cose che non gli servono è rivenderle. Perciò l'acquirente subirà un danno patrimoniale pari alla differenza tra il prezzo pagato al truffatore e quello a cui potrebbe rivendere il bene sul mercato.

cc. Messa in pericolo del patrimonio ([24])

Una posta patrimoniale può perdere valore anche solo perché porta con sé il **rischio** di andare perduta o di subire peggioramenti. Normalmente questa circostanza è già espressa nel suo prezzo di mercato, ma, anche se non lo fosse, la valutazione del danno patrimoniale dovrebbe comunque tener conto di eventuali fattori di rischio. Questo principio economico in sé semplice comporta però problemi rilevanti.

Supponiamo che un cliente di una banca abbia ottenuto un mutuo solo perché si è ingannato sulle proprie condizioni di reddito. La banca gli ha consegnato la somma, acquistando in cambio il diritto alla restituzione della stessa, cioé un credito esigibile contro di lui alla scadenza del mutuo. Tuttavia le insicure condizioni economiche del cliente mettono in pericolo il credito della banca.

I problemi relativi alla messa in pericolo di una posta patrimoniale sono due. Anzitutto la quantificazione monetaria in concreto di questo rischio è spesso molto difficoltosa. In secondo luogo, parificare la messa in pericolo del patrimonio ad un danno significa anticipare notevolmente la punibilità.

Ciò risulta chiaro nell'esempio della cosiddetta truffa sui mezzi di prova. Supponiamo che l'agente si procuri un documento, per esempio indu-

---

([24]) CRAMER, in SCHONKE / SCHRODER, § 263 Rn. 143 ss.

cendo con l'inganno la vittima a produrlo, nell'intenzione di usarlo in seguito in un processo contro di lei. Ci si chiede se la truffa sia stata compiuta già nel momento in cui la vittima consegna all'agente il documento, oppure appena quando essa subisce una condanna civile. La giurisprudenza opta per la prima soluzione, sostenendo che esiste una messa in pericolo parificabile al danno, la quale si presenta tutte le volte che il pericolo è realistico. La dottrina dominante è invece di contrario avviso, ritenendo che prima della sentenza danneggiante si abbiano mere condotte preliminari non punibili.

Riguardo alla truffa nelle operazioni creditizie, tuttavia, il suddetto orientamento giurisprudenziale non riesce a risolvere i problemi pratici della prova e della quantificazione del pregiudizio. Per questo motivo il legislatore ha introdotto, con il § 265b, lo specifico reato di truffa nel credito, che non presuppone necessariamente il verificarsi di un danno.

dd. Valore normativo [25]

Un'ulteriore particolarità del concetto di danno elaborato dalla giurisprudenza è che il valore dei crediti viene determinato secondo un criterio normativo.

Supponiamo che Tizio abbia nei confronti di Caio un credito alla restituzione di un mutuo del valore di 10 mila marchi, e che ogni tentativo di esecuzione forzata sia fallito. Tizio allora convince Caio a prestare lavoro per lui, per il valore di 10 mila marchi, assicurandolo espressamente che sarà pagato, e che non sarà fatta valere la compensazione con il suo credito. Quando Caio ha compiuto i lavori pattuiti, Tizio gli dice che non aveva mai avuto intenzione di pagarlo, bensì di compensare i due crediti.

Nel caso in esame, i presupposti dell'inganno, dell'errore e della disposizione patrimoniale sono integrati, tuttavia — secondo la giurisprudenza — manca un danno patrimoniale. Caio, prestando opera per il valore di 10 mila marchi, ha perso una posta patrimoniale di pari valore. Contemporaneamente, mediante la dichiarazione di compensazione dell'agente, è stato liberato da un'obbligazione di egual valore. Tuttavia il valore reale, effettivo, di questa obbligazione, da un punto di vista economico concreto, era molto inferiore a 10 mila marchi, perché tutti i tentativi di pignoramento erano falliti: basti pensare a quanto un commerciante ragionevole sarebbe stato disposto a pagare per acquistare quel credito.

La giurisprudenza, dunque, determina il valore dei crediti non secondo il loro valore economico effettivo, bensì secondo il loro valore nominale. Ciò vale, tuttavia, solo per i rapporti tra creditore e debitore, qualora quest'ultimo sia inadempiente.

---

[25] **SAMSON** / GUNTHER, in *SK-StGB*, § 263, Rn. 147 *ss.*

D) La fattispecie soggettiva

La fattispecie soggettiva della truffa presuppone anzitutto il dolo, riferito agli elementi menzionati sub C). In più, l'agente deve avere l'intenzione di arricchire ingiustamente sé o un terzo (dolo specifico).

Quindi, il reato sussiste già quando la vittima ha subito il danno e l'agente ha soltanto voluto l'arricchimento, non essendo necessario il suo effettivo verificarsi.

Il profitto dell'agente non costituisce, contrariamente a quanto previsto dal diritto italiano, un presupposto della fattispecie oggettiva. Ciò è dovuto al fatto che il diritto tedesco considera pienamente compiuta l'illiceità (*Unrecht),* ossia la lesione del bene giuridico, al verificarsi del danno patrimoniale. Che l'agente si arricchisca o no è irrilevante per l'illiceità dell'evento (*Erfolgsunrecht*).

L'intenzione di arricchirsi caratterizza, invece, soltanto la tipica motivazione egoistica del truffatore. Nondimeno, il diritto tedesco considera la truffa un reato di ingiusto trasferimento patrimoniale (*Vermögensverschiebungsdeiikt).* Ciò significa che l'arricchimento voluto dall'agente deve aversi a danno del patrimonio della vittima, costituendo, per così dire, un riflesso di quest'ultimo.

2. I REATI SIMILI ALLA TRUFFA

A) La problematica in generale

I presupposti della truffa sono stati elaborati, in più di cent'anni di discussione dottrinale e giurisprudenziale, ad un alto livello di complessità. Di conseguenza la fattispecie non riesce a coprire numerosi fenomeni di criminalità economica, interessanti parecchi settori della vita moderna, soprattutto per la difficoltà di provare il danno o l'intenzione di danneggiare.

Per questo motivo il legislatore, a partire dal 1976, ha introdotto, mediante le cosiddette leggi contro la criminalità economica, alcune fattispecie speciali per determinati settori, semplificando lo schema della truffa. Tutti questi nuovi reati presentano la medesima struttura di «truffa tronca» (*kupiertes Betrugsdelikt*): è sufficiente il mero inganno, mentre non sono necessari né l'errore dell'ingannato, né la disposizione patrimoniale, né il danno.

B) I singoli reati

I. TRUFFA NEL CREDITO

Come è stato già accennato, esiste la possibilità di considerare truffa, grazie al concetto di messa in pericolo del patrimonio, il comportamen-

to di chi induce una banca a fargli credito ingannandola sulle garanzie offerte oppure su altre modalità essenziali per la concessione del credito, Tuttavia è estremamente difficoltoso determinare esattamente l'entità del rischio al momento della conclusione del contratto. Problemi presenta spesso anche la prova che l'agente non solo ha ingannato con dolo, ma anche che riteneva perlomeno possibile che il suo obbligo alla restituzione nei confronti della banca sarebbe rimasto in tutto o in parte inadempiuto.

Sulla spinta di questi problemi pratici, il legislatore nel 1976 ha introdotto la fattispecie di truffa nel credito, con la cosiddetta prima legge contro la criminalità economica (1. *WiKG*). Il suddetto reato sussiste qualora l'agente abbia ingannato la vittima su circostanze rilevanti per la concessione del credito. L'agente, cioé, nel corso delle trattative per ottenere il credito, deve aver esibito alla controparte documenti scritti contenenti informazioni inesatte od incomplete.

Non è necessario né un danno, né una disposizione patrimoniale e nemmeno un errore della vittima. La fattispecie si considera integrata persino se il dipendente della banca ha subito riconosciuto il raggiro.

II. Truffa nelle sovvenzioni

Sullo stesso schema della truffa nel credito è modellata anche la fattispecie di truffa nelle sovvenzioni. Anche in questo campo, infatti, il legislatore voleva risolvere il problema pratico della difficoltà di provare l'elemento del danno, o perlomeno l'intenzione di danneggiare, richiesti dalla truffa semplice. Le sowenzioni vengono erogate talvolta per legge, ma più spesso soltanto creando una voce di spesa nel bilancio preventivo dell'ente pubblico. Perciò, nella maggior parte dei casi, è difficile determinare i presupposti in base ai quali il potenziale beneficiario ha diritto al finanziamento. Sfruttando questa situazione di incertezza giuridica, l'imputato del reato di truffa a danno dell'ente pubblico erogante eccepisce sempre di avere avuto diritto alla sovvenzione, o perlomeno di averlo creduto. Mancando però un chiaro fondamento amministrativistico da applicare, è difficile respingere tale obiezione.

Per questo motivo il legislatore ha introdotto nel codice, con il §264, lo specifico reato di truffa nelle sovvenzioni statali. La fattispecie è integrata mediante il solo raggiro doloso relativo ad una circostanza rilevante ai fini dell'erogazione della sovvenzione. In particolare, la condotta tipica consiste nel dichiarare dati falsi od incompleti in un procedimento relativo alla concessione, alla conferma o alla restituzione di una sovvenzione statale, oppure nell'omettere di dichiarare certe circostanze quando sussiste l'obbligo di farlo. Non è necessario né l'errore, né la disposizione patrimoniale, né il danno.

È da notare che il reato è punibile anche a titolo di colpa grave.

III. Truffa negli investimenti di capitale

La fattispecie di truffa negli investimenti di capitale è stata introdotta con la 2. *WiKG,* al § 264 a del codice. L'occasione per la modifica legislativa è stata la constatazione che nel cosiddetto «mercato grigio» dei capitali, avente un giro d'affari di decine di miliardi di marchi annui, spesso i clienti vengono attirati con promesse fraudolente. Di solito le vittime di tali raggiri acquistano una quota di partecipazione ad un'impresa, sia sotto forma di azioni che di altre quote societarie.

L'applicazione della truffa semplice presenta il problema di quantificare esattamente il valore della partecipazione acquisita, nonché la difficoltà di provare il dolo dell'agente. Per questo il legislatore ha introdotto il reato speciale. La condotta tipica consiste nel formulare dati falsi o incompleti nei prospetti informativi (per questo la fattispecie è detta anche «truffa da prospetto»), adoperati a scopi pubblicitari, per attirare i potenziali clienti all'acquisto di quote di una società. La circostanza specifica che ha spinto il legislatore ad introdurre il reato in questione è che spesso i potenziali clienti venivano allettati a partecipare a determinate imprese con la garanzia di notevoli vantaggi fiscali.

IV. Truffa negli appalti

Un altro problema di grande importanza per la vita economica riguarda la cosiddetta truffa negli appalti, sia pubblici che privati, la quale non era disciplinata dalla legge fino a pochi mesi fa. Per chiarire la problematica di base, si consideri il seguente esempio giurisprudenziale.

Le poste tedesche volevano erigere una torre della televisione. A questo scopo avevano compiuto la necessaria documentazione progettuale, ed invitato il pubblico a formulare proposte, con l'avviso che l'appalto sarebbe stato concesso al miglior offerente. Le poche imprese di costruzioni che potevano venire in considerazione, date le dimensioni dell'opera, avevano però formato un cartello, concordando che l'appalto doveva essere vinto da una determinata ditta. Questa, secondo gli accordi, offerse un certo prezzo, e le altre prezzi molto più alti, sì da far vincere la prima. Nel consegnare la proposta, ogni concorrente doveva dichiarare di non aver concluso accordi relativi al prezzo con altri offerenti, e così fecero tutti.

Un simile comportamento costituisce illecito amministrativo, secondo la disciplina legale a tutela della concorrenza. Esso è punito con multe elevatissime, ed è perseguito dall'ufficio federale competente in materia di cartelli. Ciò nonostante, questa prassi è talmente diffusa nell'industria edile tedesca, che l'ufficio cartelli irroga regolarmente multe fino a 100 milioni di marchi: ogni cinque anni circa la stessa ditta commette lo stesso illecito.

A causa della forte turbativa che simili pattuizioni di prezzo creano sul mercato, da sempre si cerca di sussumere questi comportamenti nella fattispecie di truffa, per poterli punire anche penalmente. Tuttavia, nel caso

della torre televisiva, il BGH (26) non ha ravvisato il reato in esame. In una sentenza del 1961, il giudice supremo ha affermato che non si sarebbe potuto parlare di danno patrimoniale delle poste, essendo indeterminabile un autonomo valore di mercato della costruzione. Si tratterebbe, infatti, di una prestazione unica, senza prezzo corrente.

Dalla suddetta sentenza in poi, i cartelli di questo tipo sono stati perseguiti solo come illeciti amministrativi, e non più come truffe. La situazione, tuttavia, si capovolse nel 1993, con un'altra sentenza del BGH. Si trattava, in questo caso, di un appalto per i lavori di scavo del fondale del Reno. La Corte ha contraddetto quanto affermato trent'anni prima, sostenendo che, qualora il prezzo di mercato manchi, debba ricorrersi ad un **prezzo di mercato ipotetico** (27). Tale sarebbe, cioè, il prezzo che il bene avrebbe avuto se non ci fosse stato il cartello. Nel caso di specie la determinazione del prezzo ipotetico era facile. Infatti gli accordi trasversali tra le sette imprese concorrenti si erano svolti in questo modo: la ditta che doveva vincere ha dapprima calcolato il prezzo dell'appalto in 12 milioni di marchi, poi ha promesso 500 mila marchi a ciascuna delle altre sei, ed infine ha aggiunto questi 3 milioni di marchi al prezzo base, offrendo all'ente pubblico committente di svolgere i lavori per 15 milioni. Perciò può ritenersi corretto il ragionamento del BGH, secondo cui l'ipotetico prezzo di mercato di quell'appalto sarebbe ammontato almeno a 12 milioni di marchi. Così è stato possibile determinare il danno patrimoniale della vittima, cioé 3 milioni.

C'è un'ulteriore osservazione del BGH, spesso ignorata dalla dottrina, ma di importanza fondamentale per la maggior parte delle frodi in materia di appalti. In Germania esiste una disciplina specifica sugli appalti pubblici, consistente in due regolamenti relativi ai prezzi (28). Il primo regolamento riguarda gli appalti di costruzioni, il secondo tutte le altre prestazioni alla pubblica amministrazione. In entrambi è previsto che in caso di limitazioni della concorrenza non si applica il prezzo pattuito, bensì solo il cosiddetto Selbstkostenpreis: cioé la somma dei costi sostenuti dall'appaltatore, a cui viene aggiunto un modesto sovrappiù a titolo di profitto. Il calcolo di questo prezzo fittizio dev'essere effettuato secondo precisi criteri enunciati nel regolamento.

Quindi, se la concorrenza è turbata da accordi di cartello, l'imprenditore può ben avere pattuito un prezzo di 15 milioni di marchi: in realtà egli ha diritto soltanto al Selbstkostenpreis. Se però l'appaltatore, al termine dei lavori, fa una fattura per 15 milioni, si ritiene che egli implicitamente affermi che non c'è stata turbativa della concorrenza mediante cartelli. Egli fa valere un credito superiore a quanto in realtà gli spetterebbe. Il danno

(26) BGHSt. 16, 137.
(27) BGHSt. 38, 186.
(28) PreisVO 1/72 (BGBI. 1972, I, 293).

patrimoniale subito dal committente non si determina più confrontando il valore della prestazione (scavo del fondale del Reno) con quello della controprestazione (prezzo pattuito: 15 milioni di marchi), bensì confrontando il prezzo pagato dall'ente pubblico (15 milioni) con la somma che questo era obbligato a pagare (il Selbstkostenpreis). E poiché di regola la seconda sarà minore del primo, il danno sussisterà.

La dottrina ([29]) ha mosso alcune obiezioni a questa argomentazione del BGH, le quali non possono essere approfondite in questa sede. Comunque, la teoria suddetta non copriva tutti i casi di frode, non rientrando l'enorme campo degli appalti privati nell'ambito di applicazione dei regolamenti amministrativi citati.

Si era tentato più volte di introdurre nel codice penale una fattispecie speciale di truffa negli appalti, costruendola sul modello della truffa nelle sovvenzioni, negli investimenti e nel credito, cioé come truffa tronca. Tuttavia nessuno di questi tentativi aveva finora avuto buon esito in Parlamento. Il motivo non è soltanto che le grandi imprese di costruzioni godono evidentemente di una potente lobby. Dal punto di vista microeconomico viene spesso sostenuto che l'industria edile è destinata a servirsi di tali accordi a causa della sua particolare struttura produttiva e di mercato. Questo sarebbe anche il motivo per cui in Olanda, ad esempio, le pattuizioni di prezzo nel settore delle costruzioni sono esplicitamente ammesse, purché vengano comunicate all'ente pubblico.

La soluzione olandese non è stata ritenuta adatta per la Germania: il nuovissimo § 298 del codice, intitolato «Accordi limitativi della concorrenza nelle gare d'appalto», va in tutt'altra direzione, rinunciando anche al presupposto dell'inganno, A integrare il reato basta che l'agente formuli un'offerta durante una gara di appalto di beni o servizi, e che questa offerta si fondi su un accordo finalizzato a indurre il futuro committente a scegliere un determinato offerente.

C) I problemi fondamentali

Fintanto che i nuovi reati simili alla truffa presuppongono che l'agente fornisca dati falsi, sono anche accettabili. Problemi, tuttavia, sorgono a proposito dei cosiddetti «dati incompleti», perché fino ad oggi non si è trovata una precisa definizione del concetto. Certo è che non si tratta di dati qualsiasi, ma soltanto delle informazioni rilevanti ai fini della decisione della controparte. Ma è difficile prevedere a priori cosa sia rilevante per la banca che eroga il credito, o per il lettore di un prospetto che pubblicizza determinati investimenti.

([29]) CRAMER, in SCHONKE / SCHRODER, 9263 Rn. 137a; SAMSON / GUNTHER, in *SK-StGB*, § 263, Rn. 146c.

Ad esempio, di recente è stato discusso se dovessero essere riportate nel prospetto anche le norme del codice di commercio (HGB) relative alla responsabilità in materia di società in accomandita semplice. Quest'ultima, nell'ordinamento tedesco, non è una persona giuridica, tuttavia alcuni soci rispondono dei debiti sociali solo limitatamente alla loro quota di capitale, dopo l'iscrizione dei loro nomi nel registro commerciale. Nel periodo tra l'entrata in società e la registrazione, il socio accomandante risponde con tutto il suo patrimonio, per espressa previsione dell'HGB. È controverso, dunque, se i prospetti che pubblicizzano la partecipazione ad una società in accomandita semplice contengano o no dati incompleti nel caso in cui non menzionino la responsabilità illimitata ad interim degli accomandanti. A favore della prima soluzione si adduce che la circostanza in esame è importante ai fini della decisione se partecipare o no alla società. A ciò tuttavia si obietta che, se un tale obbligo informativo sussistesse, dovrebbero essere menzionate anche tutte le altre norme giuridiche significative in materia, creando una situazione assurda ed impossibile da realizzare.

Inoltre, in tema di truffa nel credito, si discute se il fatturato di un'impresa sia una circostanza importante ai fini dell'erogazione del credito, la cui mancanza rende incompleti i relativi dati, oppure se, invece, rilevino soltanto i profitti.

A mio avviso, la formulazione di queste fattispecie speciali è troppo ampia. Tuttavia non bisogna dimenticare che la severità delle norme penali nei settori economici interessati ha un forte effetto generalpreventivo. Il rischio penalistico connesso alle richieste di sovvenzione, di crediti, o all'uso di prospetti informativi è ormai generalmente conosciuto, ed ha notevolmente sensibilizzato i settori economici interessati.

3. INFEDELTÀ

A) L'Introduzione

L'infedeltà (Untreue) è punibile soltanto nell'ordinamento tedesco. Nessun altro Stato europeo conosce una fattispecie corrispondente.

Essa costituisce, in Germania, uno strumento prezioso di lotta alla criminalità economica. La giurisprudenza e la dottrina l'hanno applicata soprattutto per combattere la corruzione nei rapporti economici tra privati, nonché come il più importante mezzo di tutela dei creditori delle società per azioni ed a responsabilità limitata.

B) La fattispecie in generale

La formulazione legislativa lascia intravedere due fattispecie diverse, il cui rapporto reciproco è controverso. La prima è il cosiddetto abuso, la seconda è la cosiddetta rottura del rapporto di fiducia.

C) La fattispecie di abuso ([30])

L'abuso si distingue dalla rottura del rapporto di fiducia soltanto a livello della **condotta tipica.**

L'agente, secondo la lettera della norma, ((abusadella facoltà di disporre del patrimonio altrui, oppure di obbligare altri».

Con il termine ((disposizione)) la legge intende richiamare il corrispondente concetto civilistico. Si tratta, dunque, di qualsiasi atto modificativo, traslativo o estintivo di un diritto esistente, compresa la costituzione di un peso su di esso. Analogamente, «obbligare» significa costituire obbligazioni civilistiche in capo ad altri soggetti.

L'agente **abusa** della sua facoltà di disporre o di obbligare quando ricorrono i seguenti presupposti. In primo luogo, egli deve validamente disporre di un bene rientrante nel patrimonio di un altro soggetto, oppure deve validamente costituire un'obbligazione in capo ad un altro soggetto. In secondo luogo, con l'atto suddetto l'agente deve venir meno ad un proprio particolare obbligo nei confronti del titolare del patrimonio, obbligo che impone una certa condotta.

Un tipico esempio di abuso può essere quello in cui il soggetto D desidera vendere la propria automobile, ma non è in grado di farlo personalmente, dovendo compiere un lungo viaggio all'estero. Per questa ragione egli incarica un conoscente, P, di concludere l'affare, e lo autorizza mediante procura scritta a vendere il veicolo in suo nome. D pattuisce inoltre che P non possa alienare il bene per meno di 20 mila marchi. P, vendendo l'automobile a 15 mila marchi, compie abuso. Infatti, dal punto di vista civilistico, D ed il compratore C sono parti di un valido contratto di vendita, per il prezzo di 15 mila marchi, perché la procura di cui P era stato investito non conteneva limitazioni. Ma D e P sono legati da un valido contratto di mandato, comprendente anche l'obbligazione di vendere il bene a non meno di 20 mila marchi: e P vi ha inadempiuto.

In questo contesto bisogna distinguere tra **potere** e **dovere.** P ha validamente vincolato D nell'ambito del suo potere giuridico, ma ha oltrepassato i confini del suo giuridico dovere. Per abuso della facoltà di disporre si intende la violazione di un dovere giuridico nell'esercizio di una facoltà giuridica.

D) La rottura del rapporto di fiducia

La seconda fattispecie di cui al §266 è molto più semplice. L'unico suo presupposto è la violazione dell'obbligo di amministrare il patrimonio altrui. L'agente deve, quindi, essere vincolato dall'obbligo di amministrare il patrimonio di un altro soggetto, e non adempierlo correttamente.

([30]) LENCKNER, in SCHONKE / SCHRODER, § 266 Rn. **3** ss.

E) Presupposti comuni

Le due fattispecie di infedeltà hanno alcuni elementi comuni.

I. DANNO PATRIMONIALE

È necessario che l'abuso della facoltà di disporre, oppure la violazione dell'obbligo di amministrare il patrimonio altrui, si risolvano in un danno patrimoniale della vittima. La definizione del concetto di danno coincide con quella relativa alla fattispecie di truffa: bisogna operare un saldo tra tutte le variazioni di valore del patrimonio, positive e negative, che la violazione del dovere ha provocato.

Nel nostro esempio di abuso, quindi, non basta che P abbia venduto la macchina di D a 15 mila marchi violando l'obbligo contenuto nel mandato. Deve esserci un danno patrimoniale, che ricorre qualora il valore del veicolo sia superiore a 15 mila marchi. Se la macchina ne vale 20, la vendita causa una diminuzione di 20 nel patrimonio di D, ed un contemporaneo aumento solo di 15: il danno patrimoniale è 5 mila marchi.

II. MANCANZA DEL FINE DI PROFITTO

A differenza dalla truffa e dall'estorsione, l'infedeltà non richiede che il reo abbia agito per ricavarne profitto per sé o altri. Basta che la violazione dell'obbligo ed il danno patrimoniale siano dolosi.

III. L'OBBLIGO DI AMMINISTRARE IL PATRIMONIO ALTRUI ([31])

a) La rottura del rapporto di fiducia presuppone che l'agente violi un proprio obbligo avente ad oggetto la cura degli interessi patrimoniali di un'altra persona.

È pacifico che il reato avrebbe un campo di applicazione troppo vasto se si considerasse qualsiasi obbligo relativo all'amministrazione di interessi patrimoniali altrui. Anche il meccanico viola gli obblighi scaturenti dal suo contratto di lavoro, se danneggia dolosamente uno strumento del suo datore di lavoro. Per escludere dalla portata del reato in esame gli obblighi contrattuali accessori, secondari, che possono essere anche del tutto irrilevanti, la dottrina e la giurisprudenza concordano sulle limitazioni seguenti.

aa. Per obblighi di amministrazione del patrimonio ai sensi del §266 si intendono soltanto le obbligazioni principali, aventi fonte in un contratto o in altri atti idonei a produrle. Non bastando, quindi, un obbligo

([31]) LENCKNER, in SCHÖNKE / SCHRÖDER, § 266 Rn. **23** ss.

contrattuale accessorio, come quello del meccanico di mantenere in buono stato i beni di proprietà del datore di lavoro, è necessario che l'amministrazione del patrimonio altrui sia oggetto dell'obbligazione principale.

bb. L'agente deve godere di una certa libertà di decisione, la quale non sussiste qualora gli obblighi contrattuali determinino nel dettaglio ogni atto da compiere. Non commette infedeltà il mandante che, obbligato a pagare 20 milioni al creditore del mandatario, si intasca la somma, perché non aveva alcuna discrezionalità nell'amministrarla. In questo caso solo i delitti contro la proprietà potrebbero venire in considerazione.

cc. Infine, l'oggetto dell'obbligo deve avere un valore economico non irrilevante. Anche se l'obbligo di amministrare è dedotto nell'obbligazione principale del contratto, anche se il mandatario gode di ampia discrezionalità, il reato in esame non è integrato se i beni da amministrare hanno un valore economico troppo ridotto. Questo è soprattutto il caso dei patti che rientrano nell'ambito degli accordi di cortesia.

I tipici soggetti passibili di infedeltà sono gli amministratori delle persone giuridiche, i notai, i rappresentanti commerciali, gli esecutori testamentari, gli amministratori condominiali, i tutori degli incapaci e gli altri amministratori di patrimoni altrui.

Le fonti dell'obbligo di amministrare sono specificate nel § 266, e sono la legge, il contratto, un incarico dell'autorità amministrativa, oppure un qualsiasi altro rapporto fiduciario. Ciò significa che l'agente può commettere infedeltà anche solo ricoprendo un ruolo a cui tipicamente sono connessi obblighi di amministrazione, anche se questi ultimi nel caso di specie non si fondano su un valido vincolo giuridico. Ad esempio, se un malato di mente non riconosciuto come tale ha trasferito all'agente l'amministrazione del proprio patrimonio, anche se il contratto è invalido l'agente è stato rivestito del ruolo fattuale di amministratore.

La considerazione delle posizioni di mero fatto copre anche certe ipotesi di abuso in materia di società a responsabilità limitata. È frequente il caso in cui l'amministratore designato nel contratto è una persona assolutamente non in grado di svolgere questo compito, né disposta a farlo: di fatto per la società agisce un diverso soggetto non avente la qualifica di amministratore. La giurisprudenza parla, a questo proposito, di amministratore di fatto, legato alla società da un «qualsiasi altro rapporto fiduciario».

b) Se per la rottura del rapporto di fiducia è pacifico che il fatto tipico prevede la violazione di un obbligo di amministrazione del patrimonio altrui configurato nel modo sopra descritto, nella fattispecie di abuso ciò è controverso. La giurisprudenza sostiene che l'obbligo di cui all'abuso ha le stesse caratteristiche di quello relativo alla rottura del rapporto di fiducia. Ne consegue che l'abuso sarebbe una mera *species* della seconda fattispecie, la cui menzione, pertanto, sarebbe superflua.

Parte della dottrina, invece, argomenta che l'abuso si distinguerebbe dalla rottura del rapporto di fiducia, perché esso sarebbe possibile anche qualora l'agente non godesse della libertà decisionale necessaria a fondare un obbligo di amministrare il patrimonio altrui.

La controversia oggi ha perso il suo rilievo pratico, che sussisteva fino a pochi anni fa, e riguardava l'abuso di carte di credito e di carte assegni. Il caso tipico è quello in cui l'agente emette un assegno scoperto usando la carta assegni. La giurisprudenza, con una soluzione molto discutibile, aveva ritenuto applicabile la truffa ai sensi del §263. La dottrina negava la sussistenza dei presupposti di questo reato, ravvisando invece un caso di infedeltà mediante abuso. Poiché, tuttavia, la carta assegni non dà al cliente la facoltà di disporre del patrimonio della banca, l'infedeltà sarebbe applicabile solo rinunciando, nella fattispecie di abuso, al presupposto dell'obbligo di amministrazione del patrimonio altrui.

Oggi i casi problematici di abuso delle carte assegni e carte di credito sono disciplinati nella nuova fattispecie speciale di cui al §266b.

F) L'importanza pratica dell'infedeltà nel diritto penale *dell'economia*

L'infedeltà è divenuta, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, un efficace strumento di lotta a determinate forme particolari di criminalità economica.

I. Corruzione nei rapporti economici privati

1. I reati di corruzione

Il diritto penale tedesco prevede, ai §331ss., fattispecie specifiche di corruzione solo per il caso in cui pubblici ufficiali, soggetti agenti per conto dello Stato e delle sue istituzioni, ricevano o garantiscano dei benefici. Queste norme non si applicano ai dipendenti di imprese private che sono indotti a decidere in favore del soggetto che li corrompe. Soltanto una disposizione, che fino a pochissimo tempo fa si trovava nella legge speciale in materia di concorrenza sleale, e che ora è stata inserita nel codice, riguarda i rapporti economici tra privati. Si tratta del comportamento del soggetto che corrompe il dipendente di un'impresa al fine di essere preferito rispetto ad altri concorrenti. L'ipotesi è limitata esclusivamente all'alterazione della concorrenza mediante la dazione di benefici a singoli individui, e lascia scoperte vaste aree di corruzione privata, esemplificate dai casi seguenti.

a) Una società armatrice intende farsi costruire una nuova nave, e conclude con un determinato cantiere un contratto per il prezzo di 20 milioni di marchi, a condizione però che il cantiere paghi un milione direttamente all'amministratore della società armatrice committente, all'atto del conferimento dell'appalto.

b) Un'impresa chiede un ingente credito ad una banca. Il direttore della banca è disposto a concedere un tasso di interesse minore, a patto che il cliente gli paghi in contanti una percentuale della somma mutuata.

c) L'architetto che lavora per un committente di un'opera edile sceglie una determinata impresa artigiana come appaltatore, a patto che questa gli paghi una parte del prezzo dell'opera.

Tali sistemi sono estremamente diffusi nell'economia tedesca, e non possono essere combattuti con le fattispecie speciali di corruzione. Lo schema è sempre lo stesso: il rappresentante di un'impresa è disposto a concludere un contratto con una determinata controparte a patto che questa gli paghi una parte del prezzo. Si parla, a questo proposito, di ***kick-back.***

La giurisprudenza (32) ha fatto rientrare tutti i casi di questo tipo nel reato di infedeltà, nella forma della rottura del rapporto di fiducia. La costruzione giuridica adoperata a tal fine è la seguente.

Nel caso della società armatrice si argomenta che, se il cantiere ha accettato di eseguire l'opera per 20 milioni, di cui uno di kick-back, avrebbe accettato anche di concludere il contratto al prezzo di 19 milioni senza kick-back. L'amministratore della società committente era vincolato nei confronti di questa dall'obbligo di amministrarne bene il patrimonio, per cui avrebbe dovuto pattuire con la controparte il prezzo più favorevole per la società che fosse riuscito a spuntare. Nel caso di specie, questo prezzo era non superiore a 19 milioni senza kick-back. Violando l'obbligo in questione, l'amministratore ha causato alla società un danno di un milione, poiché quest'ultima ha perso l'occasione reale di concludere il contratto per 19.

Un altro ragionamento è che, secondo il codice civile tedesco, il procacciatore d'affari è tenuto a consegnare al dominus i ricavi della sua opera. Trattenendo per sé il kick-back, l'amministratore viola l'obbligo di curare gli interessi patrimoniali del dominus, causandogli un danno nella misura della somma trattenuta.

Non sono rare le condanne per questi casi di kick-back, tuttavia è certo che esse rappresentano solo una minima parte dei casi verificatisi nella realtà economica. La cifra oscura in questo settore è molto elevata. Gli ambienti economici interessati ancora oggi non sanno che il comportamento in esame costituisce reato. Essi si preoccupano, di regola, solo di evitare le tasse: i kick-back sono spesso in nero, integrando anche la fattispecie di evasione fiscale.

(32) BGH *NJW* 1983, 1920; *wistra* 1986, 67; 1989, 225.

II. Infedeltà nel campo delle società di capitali ([33])

Le società di capitali rispondono dei debiti solo con il patrimonio sociale, per cui la tutela dei loro creditori dipende soltanto dall'entità di quest'ultimo. In Germania la maggior parte delle società che falliscono sono srl. La giurisprudenza ha tentato di rafforzare la tutela dei creditori di questo tipo di società anche con strumenti penali, estendendo notevolmente la fattispecie di infedeltà.

Per la comprensione del fenomeno sono necessari due passaggi. Se una srl ha un solo socio, che è anche amministratore, ci si chiede se questi possa essere colpevole di infedeltà a danno della società. La dottrina dominante ritiene che il problema debba essere trattato da un punto di vista economicistico, e non in base all'indipendenza giuridica formale della società dal socio. Secondo questa visione economica pratica, il patrimonio della società è considerato patrimonio del singolo socio. Quindi, egli non può commettere infedeltà, perché danneggia solo sé stesso. Analogamente, se i soci sono più d'uno, ma hanno approvato gli atti pregiudizievoli dell'amministratore, siamo in presenza della causa di giustificazione del consenso del titolare del bene giuridico leso, perché — dal medesimo punto di vista economicistico — i soci sono i veri titolari del patrimonio sociale.

Il BGH ([34]) non ha accettato questo ragionamento, ritenendo che anche l'unico socio o l'amministratore agente con il consenso di tutti i soci abbiano commesso infedeltà, qualora alla società non solo sia stato provocato un danno, ma anche sia stato intaccato il capitale sociale registrato, oppure quando comunque la società sia stata privata di denaro liquido urgentemente necessario.

Questa interpretazione desta notevoli perplessità, perché applica l'infedeltà, che è un delitto contro il patrimonio individuale del dominus, cioé della società o dei soci, per tutelare in realtà gli interessi patrimoniali dei creditori sociali.

Di conseguenza, il metodo cosiddetto del cash management, usuale in Germania da qualche tempo, diviene un rischio di responsabilità penale per l'amministratore. Spesso accade, cioé, che la società **A,** titolare di tutto il capitale delle società B e C, abbia urgente bisogno di liquidi da investire, e — invece di ricorrere al costoso credito bancario — utilizzi la liquidità delle società B e C mediante il cash management. Viene fatto, cioé, un calcolo complessivo delle liquidità di tutte e tre le società, nonché delle somme che esse devono pagare a breve scadenza (tre, sei mesi). Il denaro che non deve essere usato per pagare quei debiti viene trasferito ad **A.** Così,

---

([33]) LENCKNER, in SCHONKE / SCHRODER, **9266** Rn. **21;** SAMSON / GUNTHER, in *SK-StGB,* § **266** Rn. 47 s.

([34]) BGHSt. 34, 379; 35, 333; BGH *wistra* 1995, 144.

ai fini del cash management, le tre società vengono considerate come una sola. Questa procedura è molto ragionevole da un punto di vista economicistico. Problemi penalistici sorgono però quando la società madre non è in grado di restituire i liquidi prestati dalle figlie. Seguendo la concezione della dottrina, poiché la società madre è l'unica titolare del patrimonio delle figlie, danneggerebbe solo sé stessa, non commettendo infedeltà. Ma per il BGH, se il capitale sociale delle figlie è stato intaccato, o se è stata loro sottratta liquidità urgentemente necessaria, l'amministratore della madre ha commesso il reato in esame. Infatti, il credito delle figlie nei confronti della madre di regola non è coperto da sufficienti garanzie, per cui il trasferimento dei liquidi si traduce in una vera e propria diminuzione del loro patrimonio.

Questa interpretazione della fattispecie di infedeltà è troppo ampia. Lo rende evidente l'esempio seguente. Supponiamo che l'amministratore di una società di costruzioni, in forma di srl, accetti un appalto del valore di milioni di marchi, e faccia eseguire i primi lavori anticipando le spese necessarie, come previsto nel contratto. Dopo l'emissione della prima fattura risulta che il committente non è solvibile. La srl, accettando l'appalto e iniziandone l'esecuzione, ha subito un danno patrimoniale. Spesso l'amministratore avrà ritenuto possibile un simile esito, per cui ha agito con dolo eventuale. Egli tuttavia sarà punibile del reato di infedeltà soltanto qualora abbia violato l'obbligo di amministrare correttamente il patrimonio societario. Ma a tal fine non basta prendere atto del danno patrimoniale, perché il rischio che la controparte non paghi è insito in ogni affare che prevede l'anticipo di prestazioni prima del relativo corrispettivo. Affermare la responsabilità penale per il solo fatto della conclusione di un simile contratto sarebbe assurdo, perché sottoporrebbe a pena la conclusione della maggior parte dei negozi abituali nella vita economica. È quindi necessario restringere il campo applicativo dell'infedeltà, operando sull'elemento dell'obbligo violato. Secondo la formulazione della giurisprudenza e della dottrina, l'obbligo di amministrare correttamente è violato quando l'affare concluso non corrisponde ai principi del «buon commerciante» o dell'«amministratore diligente». Ne conseguono due problemi.

a) I concetti di buon commerciante o di amministratore diligente sono estremamente imprecisi, e non suscettibili di determinazione specifica, per cui difficilmente possono soddisfare il requisito costituzionale di determinatezza della fattispecie penale.

b) La decisione sulla conformità della condotta dell'agente alle regole della buona amministrazione è rimessa ai magistrati, che non hanno alcuna esperienza commerciale. In tribunale finiscono solo gli affari rischiosi andati male, e i magistrati tendono a dedurre ex post, dall'esito dell'operazione commerciale, la cattiva amministrazione.

La dottrina ha proposto di interpretare il presupposto della violazione dell'obbligo ritenendolo sussistente solo qualora la condotta dannosa sia ritenuta ingiustificabile da qualsiasi ragionevole esperto nel campo. Secondo il BGH, invece, è sufficiente che il giudice non abbia dubbi sull'ingiustificabilità dell'atto.

È chiaro che, a causa dei due problemi sopra descritti, la fattispecie di infedeltà suscita perplessità alla luce del principio di legalità e determinatezza.

4, I REATI FALLIMENTARI

In Germania i reati fallimentari hanno enorme importanza pratica. Ogni anno in tutto il territorio della Repubblica si registrano circa 13 mila fallimenti, che nell'80 % dei casi hanno ad oggetto srl. I danni economici conseguenti sono molto rilevanti. I soggetti danneggiati in prima linea non sono le banche, i cui crediti godono di garanzie reali sugli immobili e sui mobili dell'azienda. Inoltre, spesso le banche ottengono la cessione delle intere scorte di merci, nonché dei crediti. Il sistema di garanzia delle banche fa sì, tuttavia, che gli altri creditori, in particolare i fornitori, restino privi di qualsiasi possibilità di vedere soddisfatto il loro credito nel fallimento, e spesso falliscano a loro volta per questo motivo. Il fallimento, dunque, sebbene teoricamente svolga una funzione positiva nel sistema capitalistico concorrenziale, facendo sparire dal mercato i concorrenti non idonei, nel caso concreto, però, danneggia notevolmente l'economia complessiva.

Un'altra ragione del grande numero di fallimenti in Germania è che molte imprese sono finanziate in misura eccessiva mediante capitale esterno. L'accumulazione di capitale proprio, possibile soltanto mediante reddito tassato, è resa difficile a causa della pressione fiscale sui profitti aziendali, che raggiunge il 65%.

Per questi motivi il legislatore cerca, anche mediante fattispecie penali, di diminuire i pregiudizi sofferti dai creditori del fallimento.

A) Le *fattispecie* legali

Non sono molte le norme penali dirette a combattere la criminalità fallimentare. Essenzialmente si tratta delle fattispecie seguenti.

1. Il diritto commerciale prevede una serie di norme finalizzate ad evitare che sia presentata troppo tardi l'istanza di fallimento delle società, poiché i maggiori pericoli per le controparti dell'impresa insolvente sono legati proprio alla dilazione del fallimento. Tutte le leggi speciali in materia di persone giuridiche (come spa, srl e cooperative) dispongono che la società, in una determinata situazione detta, appunto, di crisi dell'impresa,

sia obbligata anche penalmente a chiedere il fallimento. Se non lo fa, commette reato. Tale obbligo sorge quando la persona giuridica è **eccessivamente indebitata** oppure **insolvente.** Questi due concetti chiave sono comuni anche agli altri reati fallimentari, per cui verranno approfonditi in seguito.

2. Reati fallimentari sono presenti, dal 1976, anche nel codice penale. Il più importante è la **bancarotta** (§ 283), che contempla il caso in cui nel periodo di crisi dell'impresa vengono commessi atti pericolosi per i creditori. Tra questi sono compresi gli atti diminutivi del patrimonio del debitore, come sottrarvi dei beni per «metterli al sicuro», o effettuare spese economicamente non vantaggiose. Ma sono condotte tipiche anche quelle attraverso cui l'imprenditore rende difficile il controllo sullo stato dell'azienda, ad esempio non redigendo puntualmente il bilancio, o non tenendo correttamente la contabilità.

La violazione dell'obbligo di tenere i libri contabili integra la fattispecie speciale del § 283b, applicabile anche quando l'impresa non è in crisi. Specifico per la situazione di crisi è invece il reato di cui al § 283c, riguardante il caso in cui il debitore soddisfa alcuni creditori prima degli altri, pagandoli o prima della scadenza oppure concedendo loro garanzie a cui essi non hanno diritto.

B) La storia della disciplina

L'importanza dei presupposti dello stato di crisi, cioé l'indebitamento eccessivo e l' insolvenza, può essere capita soltanto conoscendo le norme in materia vigenti in Germania prima del 1976. Fino alla cosiddetta prima legge contro la criminalità economica, i reati fallimentari, primo fra essi la bancarotta, erano disciplinati nella legge fallimentare. Le condotte tipiche erano pressoché identiche a quelle di cui all'attuale § 283 del codice penale, distinguendosi in atti diminutivi del patrimonio del debitore e in atti che rendono difficile all'imprenditore il controllo sulla sua situazione patrimoniale. Il sottrarre dal patrimonio beni che sarebbero rientrati nella massa fallimentare era sufficiente ad integrare la fattispecie, la quale prevedeva l'effettiva apertura del fallimento come condizione oggettiva di punibilità.

Tale disciplina suscitava notevoli perplessità in dottrina, per la sua dubbia conformità al principio di colpevolezza. Ad esempio, se un imprenditore, i cui affari stiano andando a gonfie vele, installa a casa propria l'impianto elettronico di elaborazione dati appartenente all'azienda, pone in essere la condotta tipica del reato in esame. Se, per sua disgrazia, in seguito gli capita un grave incidente stradale che gli impedisce di continuare a condurre l'attività, dovendo esser chiesto in breve tempo il fallimento, egli ha commesso bancarotta.

La norma era criticabile, perché sottoponeva a sanzione penale comportamenti privi di illiceità materiale: al momento del compimento dell'at-

to, infatti, poteva anche non essere prevedibile che l'azienda sarebbe entrata in difficoltà. La circostanza del successivo fallimento, qualora imprevedibile, non è rilevante ai fini dell'illiceità materiale della condotta. La disciplina, quindi, considerando il fallimento una condizione oggettiva della punibilità, indipendente dal dolo e dalla colpa, violava il principio di colpevolezza. A questo problema ha voluto porre rimedio la prima legge contro la criminalità economica, prevedendo che le condotte tipiche della bancarotta integrano il reato solo se poste in essere in una situazione in cui il fallimento è perlomeno prossimo. Per questo motivo il § 283 considera reato una condotta tipica, come il sottrarre beni dal patrimonio, solo se l'imprenditore è eccessivamente indebitato oppure se l'insolvenza è attuale o imminente. Questi due presupposti svolgono un'importante funzione di garanzia di legittimità, conferendo alle condotte tipiche un contenuto di illiceità materiale. Per il resto, l'effettivo verificarsi del fallimento come condizione oggettiva di punibilità è rimasto.

Dal 1976 sono passati più di vent'anni, tuttavia, come vedremo in seguito, né l'ampio dibattito scientifico né la ricchezza della prassi sono stati in grado di concretizzare ragionevolmente i concetti di indebitamento eccessivo e di insolvenza. Inoltre, gran parte delle condotte tipiche sono così generali da rendere necessarie ulteriori limitazioni: ma anche le correzioni interpretative operate sul punto sono così indeterminate da creare perplessità dal punto di vista del principio di legittimità e determinatezza.

C) I problemi centrali del diritto fallimentare

I. Il concetto di indebitamento eccessivo [35]

Come è stato già accennato, l'indebitamento eccessivo è un concetto fondamentale ricorrente in tutto il diritto penale fallimentare tedesco. Esso è anzitutto il presupposto dell'obbligo delle persone giuridiche di presentare istanza di fallimento, la cui mera violazione costituisce reato. Inoltre, esso rappresenta, insieme all'insolvenza, il principale criterio delimitativo della fattispecie di bancarotta.

1. La definizione di base è semplice: eccessivamente indebitato è l'imprenditore i cui debiti superano il valore del suo patrimonio. Il problema principale in quest'ambito è la valutazione, sia dei debiti che delle poste attive. Pacifico è soltanto che tale valutazione non deve necessariamente seguire le regole legali e consuetudinarie in materia di bilanci. Infatti, i valori delle poste attive previsti da queste norme sono spesso troppo bassi, perché tengono conto della prudenza imprenditoriale. Ad esempio, un immobile viene valutato in bilancio al prezzo a cui è stato acquistato, anche se

[35] STREE, in SCHÖNKE / SCHRODER, § 283 Rn. 51.

si tratta di un fondo comprato trent'anni fa come terreno agricolo, ad un prezzo irrisorio per metro quadro, e poi divenuto edificabile. Non è raro vedere immobili iscritti in bilancio per 5 marchi il metro quadro, mentre in realtà ne valgono 400.

Per questo motivo, ai fini del diritto penale fallimentare, deve essere stabilito un cosiddetto status di eccessivo indebitamento, comprendente i valori reali delle singole poste patrimoniali. Ne consegue un tipico problema giuridico, che finora non ha ancora trovato soluzione. Infatti, il valore di una singola posta dipende in gran misura dalla circostanza se l'impresa continua la propria attività oppure la chiude, dovendosi così vendere ogni pezzo singolarmente.

Circa 15 anni fa ho difeso l'amministratore di una ditta che riproduce pellicole cinematografiche. Si trattava di valutare i macchinari aziendali, comprati un anno prima a 15 milioni di marchi e iscritti a bilancio per lo stesso valore. Poiché il committente principale si trovava in difficoltà economiche, la copisteria dovette fallire a due anni dalla sua fondazione. Considerando il valore dell'azienda in un momento qualsiasi tra la sua nascita e la dichiarazione di fallimento, bisognava redigere uno status di indebitamento relativo allo stesso momento, e stabilire quale valore assegnare ai macchinari. Supposto che la valutazione debba riferirsi ad un momento in cui è incerto se il committente principale continui la sua attività oppure no, il valore dei macchinari può essere determinato in due modi. Da un lato ci si può chiedere quale prezzo sia disposto a pagare l'acquirente dell'intera azienda, nel caso in cui essa continui l'attività, e ricavarne, in percentuale, il valore delle macchine. Questo metodo è detto principio del *going concern*.» Dall'altro lato, però, si può valutare gli impianti anche supponendo che l'azienda debba chiudere i battenti e vendere ogni pezzo singolarmente. Questa seconda valutazione è nota come principio dello smembramento (*Zerschlagung-Liquidation*). Nel caso di specie, dalle perizie risultava che, secondo la prima procedura, i macchinari avrebbero avuto un valore di 8 milioni di marchi, mentre con la seconda solo di 1,5. Differenze di valore di quest'ordine di grandezza sono la regola, in un confronto tra i due principi suddetti.

In dottrina è stato controverso per molti anni se bisognasse applicare al diritto penale fallimentare il primo od il secondo metodo. A favore del principio dello smembramento veniva addotto che solo i valori da esso risultanti sarebbero sempre realizzabili, e che quindi il metodo sarebbe stato opportuno in vista di un'efficace tutela dei creditori. Viceversa, contro questa soluzione si è obiettato che i criteri dello smembramento considererebbero l'80% delle imprese tedesche mature per il fallimento, a causa della loro bassa quota di capitale proprio, anche se in realtà lavorano con successo e profitto.

La disputa ([36]) si è conclusa con un compromesso (adottato ora anche

([36]) TIEDEMANN, in LK, Rn. 147 vor § 283.

dal BGH), che prevede due stadi di verifica dell'indebitamento. Innanzitutto, in base al principio dello smembramento, il passivo deve superare l'attivo. Però questo requisito da solo non basta. In una seconda fase di valutazione bisogna accertare che l'impresa, in un determinato periodo di tempo, non è in condizioni di sopravvivere. Ciò significa stabilire se essa sarà in grado, nei prossimi sei o dodici mesi, di pagare i debiti correnti. Questa verifica, in pratica, coincide con quella dell'insolvenza attuale od imminente.

2. La critica a questa soluzione è ovvia. La legge distingue tra i due presupposti alternativi dell'indebitamento e dell'insolvenza, e se il primo, per effetto della verifica a due fasi, divenisse identico al secondo, perderebbe significato. E l'interpretazione di una norma penale che fa rendere superfluo un elemento legislativo non è corretta da un punto di vista sistematico.

Tuttavia, la serietà del problema può essere compresa solo analizzando la definizione penalistica di insolvenza.

II. L'INSOLVENZA (37)

1. Anche in questo caso la definizione di base è pacifica. Insolvenza è l'incapacità, prevedibilmente durevole, di pagare tutti i propri debiti scaduti o la maggior parte di essi. Questa formulazione un po' complicata dipende dalla necessità di distinguere l'insolvenza da altri concetti simili che non integrano la fattispecie legale. Il primo di questi è il cd rifiuto di pagare, che è la decisione soggettiva di non adempiere debiti scaduti, e non ha niente a che fare con la situazione di crisi presupposta dal diritto penale fallimentare. Poi c'è la sospensione dei pagamenti, che è un'incapacità oggettiva di adempiere, ma temporanea. Infine è da menzionare la cessazione dei pagamenti, in cui il debitore smette effettivamente di adempiere. Essa si distingue dall'insolvenza, la quale non esclude che il debitore paghi ancora una parte dei debiti.

2. Il concetto di insolvenza fa sorgere numerosi difficili problemi. I più importanti sono i seguenti.

Per accertare l'insolvenza, bisogna calcolare l'insieme dei debiti scaduti in un determinato momento, senza considerare quelli che diventano liquidi successivamente. Poi si deve verificare se il debitore è in grado di pagarli entro un determinato intervallo futuro di tempo. Però:

– La definizione non richiede l'incapacità di pagare tutti i debiti, ma solo la maggior parte di essi. Cosa si intenda per maggior parte è altamente

(37) STREE, in SCHONKE / SCHRÖDER, § 283 Rn. 52.

controverso in dottrina. Alcuni ritengono che un soggetto sia già insolvente quando riesce a pagare solo l'85% dei suoi debiti scaduti, altri si accontentano di più del 50%.

– In secondo luogo, non è certo a quale intervallo di tempo debba riferirsi la prognosi. I periodi proposti variano dalle sei settimane ai sei mesi.

– Particolarmente spinosa è infine la questione se ed in che misura debba considerarsi la possibilità futura di procurarsi denaro. Non problematico è solo il caso in cui ci si aspetta di ottenere ricavi da affari futuri, anche se l'avvento di un futuro guadagno non è facile da affermare con la necessaria sicurezza. Ma bisogna anche considerare la possibilità per il debitore di ottenere denaro a credito. È fortemente controverso se basti o no la possibilità di ottenere denaro liquido alienando i mezzi produttivi.

3. Le obiezioni sono, anche in questo caso, evidenti. Il presupposto dell'insolvenza è, stando all'attuale interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, così indeterminato che a stento è posibile giudicare se sussiste o no.

III. L'INSOLVENZA IMMINENTE ([38])

Mentre l'insolvenza attuale è l'incapacità di pagare in futuro debiti già scaduti, l'insolvenza imminente è l'incapacità di pagare debiti che verranno a scadenza in futuro. In pratica si deve verificare se in un determinato momento futuro sia da aspettarsi lo stato di insolvenza. Ma già il concetto di insolvenza attuale contiene una prognosi sulla capacità di pagare in futuro: l'insolvenza imminente è dunque la prognosi di una prognosi. Questa è la ragione per cui il concetto non ha molta importanza nella prassi applicativa.

IV. CONSIDERAZIONI CRITICHE

È evidente il dilemma in cui si dibatte il diritto penale fallimentare tedesco: i concetti di indebitamento eccessivo e di insolvenza attuale o imminente sono stati introdotti dal legislatore, poiché la disciplina precedente si poneva in contrasto con il principio di colpevolezza. Tuttavia, dall'analisi separata delle tre nozioni si ricava che l'indebitamento eccessivo è un concetto praticamente superfluo, perché sostituibile con quello di insolvenza, e che l'insolvenza è talmente indeterminata e imprecisa nella sua definizione da violare il principio di determinatezza della fattispecie penale. Su questa diagnosi non vi è disaccordo. La giurisprudenza, ciò nonostante, crede di poter cavarsela usando gli strumenti esistenti, per il seguente motivo. Per un reato fallimentare si può procedere solo se il fallimento si è effettiva-

([38]) STREE, in SCHÖNKE / SCHRODER, § 283 Rn. 53.

mente verificato. Sebbene il giudice debba verificare I'indebitamento o l'insolvenza in un momento precedente, ossia in quello della condotta, emettendo un giudizio ex ante, tuttavia è forte la tentazione di dedurre dalla circostanza ex post dell'avvenuto fallimento che le sue premesse sussistevano già al momento precedente.

Questa prassi si espone, come la disciplina abrogata, all'obiezione di contrasto con il principio di colpevolezza.

V. LE BUONE REGOLE DELL'ECONOMIA

La maggior parte delle condotte descritte nella fattispecie di bancarotta presentano una particolarità che le rende problematiche dal punto di vista del principio di legalità.

1. Il problema

La condotta di cui al § 283 primo comma, n.1 consiste nel sottrarre beni del proprio patrimonio che ricadrebbero nella massa fallimentare in caso di fallimento. La lettera della legge non esige che si tratti di cose: oggetto del reato possono essere anche diritti, come i diritti di credito. Per sottrazione si intende, secondo giurisprudenza costante, ogni alterazione materiale o giuridica concernente il bene, che ne renda difficile l'accesso ai creditori. Quindi integrano il fatto tipico non solo lo spostamento di cose, ad esempio di mobili dell'ufficio o di macchinari industriali, dal luogo dell'azienda, ma anche la cessione di crediti, il pagamento di debiti o la costituzione di diritti reali di garanzia.

Stando a questa definizione, la conclusione di ogni negozio potrebbe integrare il reato in esame: attraverso un contratto, o il pagamento di un debito, vengono sempre intaccati denaro od altri beni del patrimonio. È necessario dunque restringere la portata della fattispecie, la cui *ratio* certo non è di vietare qualsiasi attività negoziale durante la crisi dell'impresa.

2. Tentativi di soluzione

Le limitazioni operate alla definizione di sottrazione sono più d'una.

a) Resta fuori dall'ambito di tipicità la conclusione e l'esecuzione di un contratto che non causa la diminuzione del patrimonio dell'agente, come l'acquisto di un bene per un prezzo corrispondente al suo valore.

b) Nemmeno il pagamento di debiti scaduti integra il reato in esame.

c) Inoltre, sono ammesse le diminuzioni del patrimonio aziendale necessarie al mantenimento personale dell'agente e della sua famiglia. L'entità della somma relativa, comunque, dev'essere modesta. Nella concreta valutazione dell'importo bisogna considerare la sussistenza o meno

di indebitamento eccessivo o di insolvenza. Criteri affidabili di determinazione, però, finora non sussistono.

3. I dubbi rimanenti

Anche con le restrizioni sopra descritte la fattispecie resta troppo ampia.

Supponiamo che un imprenditore edile accetti un appalto pur trovandosi in crisi (indebitamento eccessivo, insolvenza). Di regola egli dovrà prestare parte dell'opera prima del relativo corrispettivo, con il tipico rischio che il committente non paghi. Se questi paga, il comportamento dell'appaltatore non integra il fatto tipico, perché l'affare nel complesso non ha causato una diminuzione del patrimonio dell'agente. Se però il committente non paga, il reato sembra sussistere. Non si può risolvere il problema semplicemente negando il dolo dell'imprenditore, perché il dolo eventuale presuppone che l'agente abbia ritenuto anche solamente possibile il verificarsi del fatto tipico, ed ogni uomo d'affari è conscio della possibilità che un affare vada male. Ci si chiede, dunque, se e fino a che punto l'imprenditore in crisi possa concludere negozi rischiosi.

4. La soluzione del problema ([39])

Per risolvere questo problema si ricorre all'istituto del rischio consentito, conosciuto già nella parte generale del diritto penale tedesco. L'assunto di partenza è che determinate condotte, pur comportando un rischio previsto o prevedibile, sono lecite, per la loro reale o supposta utilità sociale. Il tipico campo di applicazione del rischio consentito è il reato colposo. Ogni persona che guida un'automobile, per esempio, può prevedere di essere coinvolta in un incidente, ma questo non basta per accusarla di lesioni colpose o di omicidio colposo, agendo essa nei limiti del rischio consentito. La giurisprudenza e la dottrina penalistica fallimentare traspongono questo principio alla bancarotta, anche dolosa, e il rischio consentito viene espresso con la formula «buone regole dell'economia» (*Anforderungen* einer *ordnungsgemäßen* Wirtschaft).

Ciò significa che bisogna verificare in concreto se un determinato affare sarebbe stato concluso anche dal tipico bravo commerciante che si fosse trovato in una situazione di crisi identica a quella dell'agente.

5. Critica

Risulta evidente che la fattispecie di bancarotta, in conseguenza dell'applicazione del suddetto presupposto limitativo, diviene notevolmente inde-

---

([39]) *KRAUSE, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, 1995.*

terminata. Poiché non esistono criteri fissi che specifichino le buone regole dell'economia, e poiché, inoltre, il giudice deputato a decidere la questione non ha alcuna esperienza pratica in materia, non è possibile prevedere con certezza se la conclusione di un negozio normale per il settore economico considerato, e comportante un normale rischio contrattuale, integri il fatto tipico se posto in essere in situazione di crisi.

Nemmeno dal punto di vista dell'elemento soggettivo si possono trovare scappatoie: se il giudice pensa che il negozio concreto contrasta con le buone regole dell'economia, mentre l'agente riteneva di no, siamo in presenza di un errore sull'interpretazione di un presupposto non scritto della fattispecie. La dogmatica tedesca fa rientrare questa figura nell'ambito dell'errore sul precetto penale, il quale esclude la punibilità solo qualora sia inevitabile. La giurisprudenza interpreta questo presupposto molto severamente, considerando inevitabile soltanto l'errore in cui è incorso l'agente che ha chiesto consulenza giuridica ad una persona competente, ed è stato rassicurato in ordine alla liceità del comportamento in questione. Per questo motivo, le assoluzioni per errore inevitabile sul precetto penale in Germania sono rarissime.

D) Conclusione

A mio awiso, il diritto fallimentare tedesco, pur dopo un ventennio di applicazione, non ha ancora assunto contorni sufficientemente precisi. I presupposti della crisi, cioé indebitamento eccessivo ed insolvenza attuale o imminente, sono fortemente indeterminati, per cui non sono in grado di svolgere il ruolo loro assegnato dal legislatore in funzione del principio di colpevolezza. Inoltre, i presupposti della bancarotta sono talmente imprecisi da rendere troppo ampia la portata delle fattispecie, sicché diviene necessario restringerla mediante il criterio delle buone regole dell'economia. Si pone, dunque, lo stesso problema già menzionato in materia di infedeltà. Ma, né per quel delitto né per la bancarotta, la mancanza di determinatezza viene riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Di conseguenza, chi gestisce un'impresa in crisi praticamente non ha possibilità di difendersi nel processo penale fallimentare, e non bisogna salutare subito con troppo entusiasmo il vantaggio che ne ricava la pubblica accusa.

La mancanza di determinatezza. inoltre, impedisce il prodursi degli effetti generalpreventivi delle norme penali, perché non rende i potenziali rei in grado di riconoscere quali comportamenti siano vietati e quali no.

ABSTRACT

Il presente contributo fornisce una panoramica dei recenti sviluppi del diritto penale tedesco dell'economia, limitandosi ad alcuni settori, e cioé alla truffa, alle nuove fattispecie simili alla truffa (ad esempio: truffa credi-

tizia, truffa nelle sovvenzioni, truffa negli investimenti di capitale) e ai reati fallimentari. Si evidenziano soprattutto le difficoltà pratiche dell'applicazione dei singoli presupposti dell'ormai ultracentenario reato di truffa nella lotta alla criminalità economica. Viene argomentato, poi, come il legislatore tedesco, introducendo le nuove fattispecie simili alla truffa abbia violato in misura non irrilevante il principio di deterrninatezza. La trattazione prosegue con il reato di infedeltà, che non ha paralleli nel diritto penale italiano, e che è diventato un utile strumento per risolvere moderni problemi, soprattutto nella lotta alla corruzione nei rapporti economici privati. Infine, si espongono brevemente le linee di fondo del diritto penale fallimentare, i cui problemi maggiori consistono nel difetto di determinatezza delle fattispecie e in un preoccupante contrasto con il principio di colpevolezza.

This paper offers an overview of the recent developements in German economic criminal law. It deals with the fraud, the new fraud-like offences (as loan fraud, economic subsidy fraud, investment fraud) and with the bankruptcy offences. Particular attention is granted to the problems that arose by using the ultracentenarian offence of fraud in the fight against economic delinquency. Further it is shown that the German lawmaker, by introducing the new fraud-like offences, violated in not an insignificant way the principle of specificity of criminal statutory rules. The left part of this overview deals with the so-called breach of trust (a crime without similar in Italian law), that became to a modern instrument of German economie criminal law, especially in the fight against corruption in private economy. This study ends with a brief description of the bankruptcy offences and their greatest problems: the lack of specificity of the rules and a worrying conflict with the principle of culpability.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

FAUSTO GIUNTA

RIFLESSIONI SULLA PENA DI MORTE.

A proposito del film Dead Man Walking (*)

1. – Il film Dead Man *Walking* (che nelle sale cinematografiche italiane è stato distribuito con l'eloquente sottotitolo «Condannato a morte») ripropone, in modo realistico ed equilibrato, il tormentato tema della pena di morte sia sotto il profilo, per così dire soggettivo, del dramma dell'individuo di fronte alla morte inflitta come punizione, sia sotto quello oggettivo, del bisogno di tutela collettiva di fronte ai crimini più gravi. Si può comprendere pertanto che gli organizzatori di questo dibattito in margine alla visione del film abbiano pensato, ratione *materiae,* di affidarne l'introduzione a un penalista, in quanto studioso del diritto di punire ed esperto nel campo di quelle sofferenze, chiamate pene, che l'ordinamento ha il potere di infliggere allo scopo di contenere la criminalità. E non vi è alcun dubbio che, colpendo l'uomo nel bene supremo della vita, l'inflizione della morte costituisca la risposta sanzionatoria estrema, destinata agli autori di crimini così efferati da indurre l'ordinamento a escluderli perfino dal generale consorzio dell'esistenza.

Sennonché, per quanto possa sorprendere, i penalisti non sembrano appassionarsi all'argomento della pena di morte. Naturalmente, non parlo a nome di una categoria: esprimo un punto di vista personale, che trae origine e conferma, però, da una scorsa all'imponente letteratura sull'argomento. In effetti, la tematica della pena di morte non è un campo d'indagine esclusivo dei giuristi, ma il terreno di un confronto interdisciplinare particolarmente ampio e variegato, che coinvolge, in un dialogo senza tempo, dai filosofi ai teologi, dagli storici ai letterati, e più di recente dai cronisti delle esecuzioni capitali, i cui dettagliati resoconti incontrano un interesse crescente, ai moderni specialisti di ogni genere di problema, che sono

(*) Il testo riproduce alcune considerazioni introduttive al dibattito sulla pena di morte, organizzato a Ferrara il 15 maggio 1997, in margine alla proiezione del film *Dead Men Walking.*

gli opinionisti (già l'etimo del neologismo la dice lunga). Certo, al dibattito partecipano anche i penalisti, ma, per l'appunto, questi ultimi paiono intervenire con crescente ritrosia, specie se si considera il numero — in proporzione esiguo — dei loro contributi.

Ebbene, quali sono le ragioni della progressiva disaffezione del penalista per quella che *ictu oculi* viene considerata una tematica squisitamente penalistica?

2. – Una prima risposta, in grado di spiegare in particolare il disinteresse del penalista italiano per il problema della pena di morte, potrebbe ricercarsi nell'inattualità dell'argomento alla luce del nostro diritto positivo. Com'è oltre modo noto, infatti, l'art. 27, comma 4, Cost. contiene l'espresso divieto della pena di morte, con la sola riserva dei «casi previsti dalle leggi militari di guerra». In altre parole: l'opportunità di comminare la pena capitale viene riconosciuta al legislatore limitatamente ai reati militari, previsti dal codice penale di guerra; al di fuori di questo ristretto campo, è la stessa Costituzione, vale a dire una fonte gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria, che interdice la morte come tipologia sanzionatoria, sottraendo la scelta del suo impiego alla politica criminale e dunque alla discrezionalità del legislatore. D'altro canto, la dignità costituzionale che assume il divieto della pena capitale riveste anche un importante valore storico, in quanto chiude e consacra un'evoluzione legislativa in senso abolizionista, lenta e faticosa.

2.1. Volendone tratteggiare le principali tappe, è il caso di ricordare che la pena di morte non era prevista dal codice Zanardelli del 1889 (vale a dire dal primo codice penale unitario), che, anche attraverso il rifiuto della morte come pena, confermava la sua ispirazione liberale. Quanto ai codici penali preunitari, è ben vero che alcuni di essi conoscevano la pena capitale, come, ad esempio, il codice Sardo del 1859 e il codice del Granducato di Toscana del 1853. Nondimeno, è significativo che, già durante la loro vigenza, la pena di morte veniva progressivamente soppressa, come accadeva ad esempio con il codice Toscano, che nel 1859 espungeva la pena di morte dall'armamentario delle sanzioni penali. Si può dire anzi che, nel secolo scorso la pena di morte entra nel pieno di una crisi teorica e applicativa, certamente favorita dalla crescente e speculare affermazione della pena detentiva come tipologia sanzionatoria alternativa a quella capitale.

In effetti, il sistema delle sanzioni tramandatoci del medioevo era costituito da tipologie assai diverse da quelle attuali e riconducibili sostanzialmente alle pene corporali e a quelle infamanti, cui per l'appunto si aggiungeva, per i reati più gravi, la pena capitale. In tale contesto, la detenzione, non assurgeva al livello di autonoma tipologia punitiva, ma aveva per lo più una funzione, diremmo oggi, cautelare, in quanto finalizzata ad assicurare la persona del condannato a un'esecuzione penale, peraltro fortemente scenografica. La pena di morte, in particolare, con la sua intrinseca dramma-

ticità, esaltava all'estremo l'originaria dimensione ritualistica dell'esecuzione penale. NeI suo celeberrimo studio, dal titolo Sorvegliare e punire, Michel Foucault ci offre un'immagine cruda ed efficace dello splendore del supplizio, in tutti i suoi macabri profili, da quelli cerimoniali e simbolici, a quelli che attengono alle tecniche utilizzate per assicurare il dosaggio di sofferenze inumane e interminabili. Sul proscenio del patibolo il boia e il condannato recitano ciascuno la loro tragica parte: in nome della legge, il boia agisce sul corpo del condannato; quest'ultimo subisce e talvolta collabora al compimento della sua punizione, per evitare le ulteriori sofferenze connesse a un'inutile resistenza.

Anche nel campo della pena di morte, la Rivoluzione francese porta i suoi significativi cambiamenti: fa la sua comparsa la ghigliottina. L'esecuzione della pena di morte viene affidata dunque a una macchina, che crea una simbolica membrana tra il giustiziato e il boia, i cui servigi perdono ogni vocazione e arte. Ridotto ad assistente della macchina, il boia svolge un ruolo fungibile, che ne aumenta la ripugnanza. Ma non è tutto. La ghigliottina può considerarsi l'emblema di una nuova ideologia della pena di morte. La macchina ambisce ad assicurare l'istantaneità del trapasso, esprime l'orrore per ogni sofferenza ulteriore e gratuita, come tale arbitraria. La trasformazione è profonda anche nei significati istituzionali affidati alla nuova simbologia della pena: solo l'emanazione della condanna rientra nel magistero della giurisdizione, non anche l'attuazione della pretesa punitiva che', in quanto attività meramente esecutiva, può affidarsi a una macchina governata da leggi meccaniche. Ebbene, proprio nel momento in cui gli si nega la vita, si avverte quel senso di rispetto per il condannato e per il suo corpo, che aveva indotto Kant ad ammettere la pena di morte, ma solo se spogliata di ogni maltrattamento che finirebbe per degradare l'umanità nella persona del paziente. Ecco dunque affiorare una nuova esigenza: quella di togliere la vita toccando il meno possibile il corpo del condannato; tra quest'ultimo e il braccio esecutivo della legge il punto di tangenza è costituito dal breve spessore della lama che recide la vita. La stessa procedura esecutiva viene semplificata e burocratizzata. La moderna amministrativizzazione dell'esecuzione penale prende il posto dell'originario cerimoniale del supplizio.

Ma vi è anche un altro profilo di novità. Al rispetto del condannato e all'intangibilità del suo corpo si accompagna il riconoscimento dell'intimità della morte, anche quando quest'importante evento è voluto e provocato dall'ordinamento. Conclusasi l'epoca delle esecuzioni pubbliche, offerte in piazza ed eseguite al cospetto del popolo, l'ordinamento chiude il sipario sul proscenio della pena capitale, separando esecuzione penale e collettività, mettendo al riparo la prima dalla morbosa partecipazione della seconda. È così che il luogo dell'esecuzione della pena capitale diventa il carcere: col suo carattere segregante e di istituzione separata dalla collettività libera, esso assicura alla morte legale quella dimensione intimistica che convive con l'aministrativizzazione della sua esecuzione.

Quanto alle sue modalità di esecuzione, la pena di morte non si sottrae alla ventata di umanizzazione che investe il diritto penale moderno. Come la pena detentiva si afferma in alternativa a tutte le punizioni legali del passato imperniate sulla sofferenza corporale, così la pena di morte ambisce a un'esecuzione sempre più attenta al contenimento dei dolori fisici. In entrambi i casi la sofferenza del condannato tende a perdere l'originaria fisicità per assumere connotati prevalentemente psicologici: il contenuto afflittivo del carcere vuole risiedere soprattutto in un'eterea sospensione di diritti, produttiva di solitudine, emarginazione e degrado morale; la pena di morte ambisce a presentarsi come mera soppressione della vita, al punto che, di recente, la sua esecuzione viene affidata a un mezzo indolore, che recide la vita solo dopo aver privato il condannato della coscienza. Negli USA, in particolare, la medicalizzazione dell'esecuzione penale, caratteristica dell'iniezione letale, sembra addirittura offrire al condannato quel privilegio di una morte nel sonno, che magari non ha avuto la sua vittima e che può far apparire addirittura assai poco punitivo un trapasso così soave e assistito.

2.2. Nella nostra tradizione legislativa, è stato il codice Rocco, nel 1930, a reintrodurre la pena di morte, nella convinzione che essa fosse necessaria al rafforzamento della prevenzione generale dei reati. È questa del resto la giustificazione ancora oggi più diffusa della pena capitale. Non può farsi a meno di notare, però, che, per l'impiego che se ne faceva, la pena di morte veniva ripristinata in una logica di tipo autoritario. Se si prescinde dalla sua previsione per talune ipotesi particolarmente gravi di omicidio doloso, come quello commesso contro l'ascendente o il discendente (art. 576 c.p.), la pena di morte veniva comminata soprattutto nel campo dei delitti contro la personalità dello Stato. Quale massima risposta sanzionatoria, la pena di morte risulta utilizzata, cioè, per la tutela non tanto di specifici beni dei cittadini, quanto dello Stato, come bene superindividuale.

Non è senza significato, dunque, che la pena di morte venga definitivamente soppressa, in epoca immediatamente post-fascista, dal DL.vo Lgt. 10 agosto 1944, n. 224. E si comprende al contempo che, nel nuovo contesto storico e ideologico, il sopraggiungere dell'art. 27, comma 4, Cost. equivalga alla ratifica di un'evoluzione legislativa in senso abolizionista, che consacra il divieto di pena capitale come principio fondamentale dell'ordinamento, ricco di implicazioni. Prima tra tutte la non concedibilità dell'estradizione per reati che dallo Stato richiedente sono puniti con la pena di morte. Si tratta di un principio ribadito dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 223 del 1996, con la quale si è dichiarata l'illegittimità dell'art. 698, comma 2, c.p.p., là dove consentiva l'estradizione allorché lo Stato richiedente avesse dato sufficienti assicurazioni che la pena di morte non sarebbe stata inflitta o eseguita. Opportunamente, dunque, la Corte ha ritenuto che la garanzia offerta dall'art. 698 cit. fosse insufficiente e co-

munque sproporzionata rispetto alla rilevanza costituzionale del divieto di pena capitale, la cui effettività non può essere interamente rimessa all'affidabilità delle assicurazioni provenienti dallo Stato richiedente, quale risulta, peraltro, dall'apprezzamento discrezionale della nostra autorità giudiziaria e del nostro Guardasigilli.

Quanto all'utilizzabilità della pena di morte per i reati militari, la Costituzione — si è già detto — la rimette alla discrezionalità del legislatore. E difatti, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il codice penale militare di guerra ha continuato a prevedere due forme di fucilazione: quella con ignominia, che avveniva alla schiena ed era accompagnata dalla degradazione, e quella, di riguardo, al petto. Qui l'uso del passato è d'obbligo. Infatti, con la recente legge 13 ottobre 1994, n. 589 il nostro legislatore ha esteso l'abolizione della pena di morte anche ai reati militari. Benché nulla possa impedire il futuro ripristino della pena capitale, non v'è dubbio che l'innovazione abolizionista rivesta un importante valore simbolico, che conferma le molteplici testimonianze contro la pena di morte, espresse anche in importanti documenti internazionali, sottoscritti e ratificati dall'Italia. A titolo puramente indicativo, è sufficiente ricordare qui il sesto Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 aprile 1983, e più di recente il secondo Protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sull'abolizione della pena di morte, approvato dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 15 dicembre 1989 e ratificato dall'Italia con la legge 9 dicembre 1994, n. 734.

Non sembra azzardato, dunque, concludere questo rapido *excursus* osservando che, da noi, la storia della pena di morte è storia di continua abolizione.

3. – Ma c'è un'altra e più profonda ragione per cui il penalista sembra non appassionarsi all'argomento della pena capitale. Per coglierla bisogna spostarsi dal piano della legittimità ordinamentale (o — nel nostro caso — della illegittimità costituzionale) della pena capitale a quello della sua giustificazione razionale. Ebbene, qui la tematica della pena di morte non può che essere sviluppata nel più generale contesto delle funzioni della pena. In tal modo, però, il problema del fondamento della pena capitale finisce per perdere gran parte della sua specificità metodologica. Non diversamente da quel che accade per qualunque altra tipologia punitiva, la giustificazione o meno della pena di morte dipende soprattutto dai parametri di riferimento che si adottano in ordine al fondamento della sanzione penale. Sennonché, ed è questo il punto, anche muovendo dalle funzioni della pena non si ottengono risposte del tutto univoche ed appaganti a favore o contro la pena capitale. Vediamo brevemente perché.

3.1. Storia e logica del diritto penale giustificano la pena in due prospettive concettualmente distinte e antinomiche, la prima delle quali è quel-

la etica: la pena si giustifica in nome dei superiori ideali di giustizia, che impongono di compensare il male di determinate azioni con l'afflizione insita nella punizione. Proprio in ragione della funzione retributiva che è chiamata a svolgere, la pena deve risultare proporzionata alla gravità oggettiva del fatto commesso e alla colpevolezza del suo autore. Si dice, pertanto, che nell'ottica retributiva la pena ha un fondamento retrospettivo, nel senso che guarda al passato e a quel che è stato. Per converso, la pena non ambisce a condizionare il futuro e se ciò accadesse (a causa della capacità dissuassiva pur sempre insita nella punizione), si tratterebbe di una funzione non direttamente perseguita dall'ordinamento, ma accettata come eventuale e collaterale,

Ebbene, a tutta prima, l'impostazione retributiva sembra effettivamente in grado di offrire una risposta al problema del fondamento della pena capitale. E non deve meravigliare che tale risposta vada nel senso della sua giustificazione. Ispirandosi alla legge del taglione, peraltro presente in molti testi sacri (dalla Bibbia al Corano), la pena retributiva si preoccupa di non risultare sproporzionata alla colpevolezza dell'autore di un reato né per eccesso, né per difetto. Muovendo dall'dea che una pena troppo mite è ingiusta al pari di una pena troppo severa, la concezione retributiva sembra, dunque, non solo consentire, ma addirittura reclamare la pena di morte per reati tanto gravi da far ritenere inadeguato finanche il carcere a vita. Si spiega così il plauso che, nei suoi drammatici ricorsi storici, incontra la pena di morte per i crimini contro l'umanità, di fronte ai quali gli stessi oppositori della pena capitale appaiono meno intransigenti.

Tuttavia, anche in relazione ai reati più gravi, vi è da chiedersi se davvero la pena di morte è in grado di conseguire l'obiettivo retributivo perseguito. Il punto merita attenzione, poiché, pure a fronte delle diversità che si è avuto modo di sottolineare, tra il rituale del supplizio e le moderne modalità di esecuzione della pena di morte è possibile cogliere un significativo profilo di continuità. E precisamente: ieri come oggi, nell'attesa della sua esecuzione, la pena di morte ambisce a favorire l'emenda del condannato ovvero la sua piena assunzione di responsabilità. Non a caso, già nel medio evo, era consentita e apprezzata quell'opera di assistenza finalizzata a preparare spiritualmente il condannato al trapasso, affidata a una sorta di istituzione, quella dei c.d. «confortatori», di cui il film *Dead Man Walking* mostra un epigone nella figura di suor Helen. Ebbene, se la secolarizzazione del diritto penale non è riuscita a laicizzare, anche sotto questo profilo, la pena di morte, è perchè l'emenda del condannato non è solo il retaggio dell'epoca in cui il supplizio era intessuto di religiosità. Ancora oggi l'emenda del condannato a morte è funzionale all'accettazione sociale della pena capitale e dunque alla sua legittimazione sostanziale: il riconoscimento della pena come giusta da parte del condannato, da un lato, è la prova della sua colpevolezza, dall'altro lato è la verifica della funzione realmente retributiva della punizione. Sennonché, non sempre si verifica una siffatta accettazione della pena e, quando ricorre, essa dimostra che l'efficacia re-

tributiva della pena di morte non è di per sé evidente, ma bisognosa di conferme che siano autentiche, ovvero ancora una volta provenienti dalla collaborazione del condannato.

3.2. La seconda e più moderna prospettiva, nella quale la sanzione penale viene giustificata, è quella utilitaristica. Qui la pena funge da strumento di prevenzione dei reati, con la conseguenza che il fondamento giustificativo della punizione va ricercato nell'attitudine del mezzo utilizzato rispetto al fine perseguito. Quanto al requisito della proporzione della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del reato, esso, per converso, viene a perdere la sua centralità. Proiettata verso il futuro, la pena aspira essenzialmente all'efficacia preventiva e non alla giustizia retributiva, che diventa un risultato eventuale.

Vale anche la pena di ricordare che dell'efficacia generalpreventiva vengono date due spiegazioni. L'una, valorizzando il momento della previsione legislativa di pena, fa perno sull'idea che la minaccia della risposta sanzionatoria trattenga i consociati dalla commissione di reati, operando come controstimolo al compimento della condotta delittuosa (teoria della prevenzione generale negativa o mediante deterrenza). L'altra collega l'efficacia dissuasiva, non tanto all'astratta previsione di pena, quanto alla sua concreta inflizione. È la fase dell'irrogazione — si osserva — che, per il tramite di complessi meccanismi di comunicazione sociale, rafforza il senso di fiducia dei cittadini nell'ordinamento, risolve i conflitti creati dal reato stabilizzando la vita sociale, motiva il comportamento dei consociati nel senso desiderato dall'ordinamento (teoria della prevenzione-intergrazione).

Orbene, si comprende che, intesa come mera deterrenza, la prevenzione generale è diventata oggetto di recenti studi empirici, intesi ad appurare l'efficacia dissuasiva della pena in relazione sia alla tipologia, sia alla misura della pena comminata. Tuttavia, questa impostazione di tipo per così dire scientistica, non ha ancora offerto risultati univoci e, anche dal punto di vista metodologico, non vi è accordo assoluto sulle tecniche per la verifica empirica della prevenzione generale (si va dalle indagini che usano tecniche mutuate dagli studi di econometria a ricerche condotte attraverso sondaggi di opinone). Così, nell'attesa che si pervenga a una sua compiuta e soddisfacente dimostrazione empirica, la funzione deterrente continua a essere giustificata sulla base di congetture valutabili in termini di plausibilità. Segnatamente in relazione alla pena di morte, però, i tentativi di una sua giustificazione in ragione della prevenzione generale dei reati non risultano del tutto soddisfacenti, nel senso che le ipotesi esplicative formulabili non sono in grado di affermarla senza dubbio, così come di negarla in modo definitivo. Infatti, se è plausibile che, in ragione della sua massima afflittività, la pena di morte sia più deterrente della pena detentiva (anche perpetua), per contro non può escludersi che, superata una certa soglia di severità, l'ulteriore inasprimento della sanzione non produca un proporzio-

nale incremento dell'efficacia deterrente, come sembrerebbe dimostrare oltretutto l'elevato numero di reati gravi anche negli ordinamenti in cui vige la pena capitale.

Un discorso parzialmente diverso merita invece il tentativo di giustificare la pena di morte sulla base della teoria della prevenzione-integrazione. A tutta prima, infatti, è difficile negare che, in relazione ai reati più gravi e ripugnanti, la pena di morte possa favorire la pacificazione sociale e il rafforzamento del senso di sicurezza collettiva. Non a caso, è facendo leva su argomenti di questo tipo che il codice penale del 1930 ha inteso giustificare il ripristino della pena capitale. Invero, come osservava il Guardasigilli Alfredo Rocco nella Relazione al disegno di legge sulla difesa dello Stato del 1926 , «quando occorra (...) dare un solenne esempio ammonitore e placare la giusta indignazione della coscienza popolare è perfettamente legittimo infliggere all'individuo il sacrificio supremo applicando la morte».

Sennonché, così ragionando, resta ancora da dimostrare che l'obiettivo della stabilizzazione sociale, perseguito attraverso la pena di morte, non possa conseguirsi attraverso il ricorso ad altre tipologie di sanzione. Ciò significa che, muovendo da una siffatta impostazione del problema, non è possibile pervenire alla giustificazione della pena di morte come opzione politico-criminale realmente e assolutamente necessaria, ma solo come scelta ritenuta tale dal legislatore. Non a caso, dunque, la teoria della prevenzione-integrazione viene considerata apologetica del diritto vigente.

3.3. Un cenno meritano, infine, i tentativi di giustificare la pena di morte sul piano della prevenzione speciale, vale a dire in ragione della funzione che l'applicazione della pena svolge in concreto nei confronti del soggetto che la subisce. Qui vengono in rilievo i diversi profili in cui si rifrange lo sfaccettato concetto di prevenzione speciale, primo tra tutti quello che attiene all'incapacitazione del condannato. E non meraviglia che, proprio in nome della neutralizzazione della pericolosità individuale, la pena di morte abbia incontrato il favore di autorevoli esponenti della Scuola positiva del diritto penale (si pensi per tutti a Raffaele Garofalo). In effetti, è difficile negare che, nel suo cinico utilitarismo, l'argomento della funzione di neutralizzazione contribuisca efficacemente alla giustificazione della pena di morte: di fronte a individui dotati di elevata quanto irriducibile antisocialità, la loro eliminazione fisica costituisce il rimedio indubbiamente più radicale e sicuro. Sennonché, anche quest'argomento non è del tutto risolutivo del problema. Intanto, va osservato che l'«irriducibile pericolosità sociale di determinati autori di reato» è una premessa magari plausibile, ma di per sé indimostrabile. Inoltre, la pena di morte non è l'unico rimedio contro l'asserita pericolosità individuale che si assume come irreversibile: anche la segregazione perpetua consente un analogo effetto di neutralizzazione. Ne consegue che, mentre non può contestarsi l'efficacia

specialpreventiva della pena di morte, la sua indubbia capacità di neutralizzazione non giustifica la pena capitale quale unico strumento di contenimento della pericolosità individuale.

Ma la funzione specialpreventiva della pena viene in rilievo anche in un'altra accezione, avente, oltretutto, rango costituzionale. Com'è noto, infatti, l'art. 27, comma 3, Cost., dispone che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. Sembrerebbe pertanto che, anche ove la nostra Costituzione non contenesse un espresso rifiuto della pena di morte, il finalismo rieducativo della sanzione penale sarebbe in grado di offrire un argomento in ogni caso definitivo contro la pena capitale. A ben vedere, però, le cose non stano così. Per rendersene conto, va ricordato che il concetto di rieducazione può intendersi in due diversi significati, il primo dei quali, di gran lunga più diffuso e accreditato, è quello di risocializzazione. E in effetti, muovendo dalla premessa che le pene devono tendere al reinserimento sociale del condannato, la rieducazione risulta incompatibile sia con la pena di morte, sia — si badi — anche con l'ergastolo, che, storicamente e per opinione diffusa a partire dalle pagine dedicate al tema da Cesare Beccaria, costituisce la più realistica alternativa alla pena capitale. Il punto, però, è un altro: per la dottrina penalistica largamente maggioritaria, la funzione rieducativa è pur sempre subordinata al primato di quella generalpreventiva. Non a caso — si osserva — la Costituzione si limita ad affermare che le pene devono *tendere* alla rieducazione; un'espressione, questa, che induce a considerare la risocializzazione una funzione pur sempre eventuale della pena, che, come tale, non è in grado di precludere la pena di morte.

Quanto al secondo significato, che è possibile attribuire al principio della rieducazione, esso eticizza il concetto di rieducazione, fino a farlo coincidere con quello di catarsi del condannato. Muovendo da tale premessa, non par dubbio che la pena di morte, e in particolare il tempo trascorso nell'attesa della sua esecuzione, possa favorire la rigenerazione morale di chi è destinato a subirla. È fin troppo evidente, però, che, così ragionando, il fondamento giustificativo della pena di morte viene riproposto nei termini retribuzionistici, di cui si sono già evidenziate le insufficienze. Senza contare che, in un moderno diritto penale secolarizzato, la pena non può annoverare tra i suoi fini l'emenda morale del condannato. Talché, anche l'interpretazione eticheggiante del principio di rieducazione, oltre che contraria allo spirito dell'art. 27, comma 3, Cost., risulta ad un tempo antistorica.

4. - La difficoltà di risolvere il problema della fondazione razionale della pena capitale in base alle funzioni della pena ha indotto a uno spostamento dell'attenzione su altri aspetti della pena capitale.

4.1. Si spiega così il frequente tentativo di avversare la pena di morte in nome del principio di umanizzazione del diritto penale, che, si è avuto modo di accennare, riflette una costante linea di sviluppo della moderna sensibilità collettiva di fronte al problema della pena.

Ebbene, il rapporto tra pena di morte e principio di umanizzazione impone di distinguere due profili.

In relazione al primo, l'inumanità della pena capitale risiederebbe nel suo contenuto afflittivo, nel fatto cioè che essa nega il bene della vita. Tuttavia, qui il parametro attraverso cui si rileva l'inumanità della sanzione risulta così sfuggente e indeterminato, da non potersi assumere come termine di confutazione della pena di morte. Quale alternativa alla pena capitale, l'ergastolo potrebbe risultare un'afflizione ancora più inumana, specie se la pena di morte venisse richiesta (o invocata) dal condannato che non vuole passare la vita (o anche solo una lunga parte di essa) rinchiuso in carcere. In effetti, come si vedrà, il contenuto afflittivo della pena di morte ben può essere confutato in termini di valore. Ma è questa una prospettiva che si sviluppa su un piano diverso da quello che asserisce l'inumanità della pena capitale in ragione del suo contenuto afflittivo.

Quanto al secondo profilo del rapporto tra pena di morte e principio di umanizzazione, esso attiene alle modalità esecutive della pena. È ben chiaro, però, che, così impostato, il tentativo di confutare la pena di morte è destinato ad infrangersi di fronte alla ricerca di modalità esecutive della pena capitale sempre meno cruente, se non addirittura ispirate all'obiettivo di contenere i dolori, come avviene per l'appunto con il recente ritrovato dell'iniezione letale, che tende a legittimare la pena di morte sul piano dell'umanizzazione. Non è un caso, dunque, che le più recenti critiche alla pena di morte in ragione della sua inumanità si siano concentrate, non tanto sulle modalità esecutive della sanzione, quanto e soprattutto sulle condizioni psicologiche di vita nel c.d. braccio della morte. Disumana sarebbe, cioè, non già la pena di morte in sé, ma l'attesa, a volte assai lunga, della sua esecuzione. Ma è questo un profilo di inumanità che attiene non tanto alla morte come tipologia sanzionatoria, quanto alle garanzie processuali che ne assistono l'applicazione e la cui funzione dilatoria dell'esecuzione dipende in certa misura dalla volontà del condannato.

4.2. Restano infine da considerare i tentativi di avversare la pena di morte sulla base di due argomenti, forse tra i più ricorrenti, che, significativamente, non si muovono sul terreno del diritto penale sostanziale.

Il riferimento è anzitutto all'irreparabilità dell'errore giudiziario, allorché, com'è intuitivo, per il reato ingiustamente attribuito a un innocente sia stata eseguita la pena di morte. Ebbene, che si tratti di un rilievo dotato di notevole forza probante è fuori discussione. Infatti, è proprio la necessità di ridurre il rischio di errori giudiziari che, con il suo corredo di antidoti processuali, determina la lunghezza esasperante del soggiorno del condannato nel braccio della morte. Nondimeno, l'argomento dell'errore giudiziario non è sempre spendibile con la stessa efficacia, essendo ipotizzabili vicende processuali in cui, per il tipo di prove assunte, si possa escludere l'innocenza dell'imputato. Si pensi ai crimini contro l'umanità, che nel dopoguerra sono stati puniti dal Tribunale di Norimberga con la pena di mor-

te; forse nemmeno il più ardito revisionismo storico arriverebbe a bollare quelle condanne come errori giudiziari. Ma lo stesso potrebbe dirsi in relazione ai delitti per così dire comuni, che sono provati al di là di ogni ragionevole dubbio e con tutte le garanzie di un giusto processo. Né varrebbe obiettare che, in ogni caso, le sentenze di condanna hanno un ineliminabile coefficiente di incertezza connaturato alla loro dimensione di giudizi umani. Al pessimismo gnoseologico di un siffatto rilievo sarebbe agevole replicare che esso — come si dice — prova troppo, in quanto conduce a delegittimare l'intero magistero penale.

In secondo luogo, un cenno conclusivo merita il tentativo di avversare la pena di morte, osservando che essa rischia di creare intorno al condannato una solidarietà sociale, tale da rendere addirittura eroica la persona del colpevole e, per converso, troppo spietato il sistema repressivo. Com'è evidente, anche questo argomento pecca di assolutezza: il rischio, cui esso fa riferimento, non è prerogativa della pena di morte in sé considerata, ma di ogni pena che il corpo sociale avverte come ingiusta. Si tratta dunque di un argomento che, lungi dal confutare la pena di morte, richiama l'attenzione su alcune condizioni della sua legittimità, e in particolare sulla necessità che la pena non superi la misura della colpevolezza e che la punizione venga inflitta attraverso un giusto processo.

5. – Va da sé che, nel ripercorrere i termini di un dibattito che si presenta come una perenne ricapitolazione, le considerazioni svolte non hanno pretesa né di originalità, né di completezza. Come anticipato, si è cercato piuttosto di cogliere le ragioni del disagio del penalista che si trova ad affrontare la tematica della pena di morte. In effetti, se si dovesse prescindere dalla presa di posizione della nostra Costituzione, sembra davvero che, dal punto di vista giuridico, ai validi argomenti contro la pena di morte se ne contrappongono altrettanti di segno opposto. Ecco, dunque, una possibile risposta al perché il penalista non si appassiona all'argomento della pena di morte: le ragioni per awersarla stanno fuori della specificità del suo sapere scientifico. Del resto, già su1 finire del secolo scorso, un grande maestro del diritto penale, qual era Francesco Carrara, affermava con piena consapevolezza del problema: «io mi oppongo alla pena capitale non per ragioni di opportunità, ma per il sommo principio che la vita umana è inviolabile)).Invero, anche la morte come pena — o, forse, più che mai la morte come pena, con la sua fredda ritualità e con la sua ineliminabile spietatezza — contravviene al comandamento non uccidere; un comandamento non solo religioso, ma proprio anche di un'etica laica, nel cui ambito il rispetto della vita di colui che non l'ha rispettata in altri assume un valore cultuale e sociale di assoluto rilievo.

Più che sul terreno dell'utile sociale — impostazione che ha indotto lo stesso Beccaria a legittimare la pena capitale seppure in pochi ed estremi casi — la pena di morte può confutarsi più semplicemente su un piano di valore; affermando cioè il primato della vita, che informa la nostra cultura

personalistica, e ponendo un limite alle spinte solidaristiche e consensualistiche che possono giustificare la massima pena. Una sanzione che elimina la vita (ma il discorso a questo punto vale anche per l'ergastolo) preclude per definizione al condannato la possibilità e il privilegio del cambiamento, e così facendo ne nega l'umanità.

Nell'affrontare il problema della pena di morte, il disagio del penalista si deve, dunque, a una sorta di pudore: interpellato come tecnico, sa di parlare come uomo della strada e di poter proporre null'altro che una parola a favore della vita.

ABSTRACT

Tramontata da tempo l'epoca dei supplizi, la pena di morte vive oggi una nuova stagione di consensi, nonostante che il suo impiego non possa vantare alcun fondamento razionale. D'altronde, i tentativi, anche recenti, di confutare la legittimità sostanziale della massima pena si risolvono nella ricapitolazione di argomenti tanto noti, quanto poco probanti. Il disagio del penalista, nell'affrontare una così controversa materia, origina dalla consapevolezza che la questione non può risolversi su un piano di astratta e neutrale scientificità. Decisivo è il valore supremo della vita, quale bene inespropiabile e non strumentatizzabile.

Although the epoch of torture waned a long time ago, the death penalty continues to find consent even if its use cannot boast any rational grounds. On the other hand, even the most recent attempts to rebut the materia1 legality of the maximum penalty have beeen decided through the recapitulation of arguments that are as well known as they are unconvincing. The unease of the criminal lawyer in tackling such a controversia1 subjet, comes from the awareness that the matter cannot be settled on an abstract or neutra1 level of a scientific nature. The supreme value of life is decisive, because it is an asset that cannot be taken away and cannot be exploited.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

FAUSTO GIUNTA

DOVERE DI DILIGENZA E REGOLA CAUTELARE NELLA STRUTTURA DEL DELITTO COLPOSO (*)

Sommario

1. - La definizione codicistica del delitto colposo e le ragioni della sua improprietà. - 2. La struttura della responsabilità colposa: «non-volontà» e violazione delle cautele doverose. - 3. Attività pericolose e dovere di diligenza. La natura modale delle norme cautelari. - 4. Il contributo della regola cautelare alla tipicità colposa. In particolare: le regole cautelari giuridiche. - 5. I criteri di individuazione delle regole cautelari sociali. - 6. La tipologia delle regole cautelari. - 7. Capacità individuali e misura del dovere di diligenza. - 8. La colpevolezza dell'illecito colposo: un traguardo irraggiungibile?

1. – Com'è noto, a differenza di altre codificazioni straniere, il nostro codice penale definisce all'art. 43 il delitto doloso, colposo e preterintenzionale. È un rilievo ricorrente, soprattutto nella letteratura recente, che tali definizioni siano il frutto di quella vocazione dottrinale della nostra tradizione codicistica, ritenuta inopportuna e comunque non vincolante sul piano dell'interpretazione ([1]).

In particolare, viene criticata — e non a torto — la costruzione di tutte e tre le definizioni sul comune parametro dell'intenzionalità.

In effetti, l'identificazione del dolo con l'intenzione è notoriamente riduttiva in quanto, a tacer d'altro, non compatibile con la forma unanimemente ammessa del dolo eventuale. D'altro canto, la definizione della preterintenzione come superamento dell'intenzione nulla dice sui criteri di imputazione dell'evento non voluto, caratteristici di tale titolo di responsabilità (e difatti si dibatte se, sotto il profilo strutturale, la preterintenzione sia

(*) È il testo della relazione svolta all'Incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema «La responsabilità penale per colpa professionale» (Frascati, 21-23 aprile 1997).

([1]) Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale, parte generale, 3 ed., Bologna, 1995, p. 307 s.

dolo misto a responsabilità oggettiva owero dolo misto a colpa). Per quel che qui più interessa, infine, la qualificazione della colpa come contrarietà all'intenzione risulta addirittura errata, stante la compatibilità tra causazione intenzionale dell'evento e responsabilità colposa nei casi comunemente (e impropriamente) denominati di colpa impropria (2). Vale a dire, nelle ipotesi di: a) errore sul fatto determinato da colpa (art. 47, comma 1, c.p.); b) erronea supposizione di una situazione scriminante (art. 59, comma 4, c.p.); *c*) eccesso colposo (art. 55 c.p.).

Il comune difetto delle definizioni contenute nell'art. 43, vale a dire il loro ancoraggio al parametro dell'intenzionalità, è frutto a sua volta dell'influenza a lungo esercitata dalla concezione psicologica della colpevolezza. Secondo tale noto orientamento, la colpevolezza veniva intesa come collegamento psicologico effettivo tra l'agente e il fatto. Sennonché, un siffatto collegamento ricorre certamente nel dolo, ma non nella colpa, che notoriamente non consiste in un'entità psicologica effettiva.

Non è questa la sede di una retrospettiva storica sulla radici della concezione psicologica della colpevolezza. Nondimeno, può essere utile una brevissima riflessione sulle ragioni che ne hanno favorito l'affermazione e su quelle che, per converso, hanno indotto la dottrina al suo definitivo abbandono.

Quanto alle prime, esse possono individuarsi anzitutto nel forte condizionamento esercitato dalle pregiudiziali metagiuridiche sulla dogmatica del reato. In particolare, va tenuto conto del grande sviluppo che, nel secolo scorso, hanno registrato le scienze naturali e la filosofia idealista: seppure attraverso premesse e itinerari differenti, il pensiero naturalistico e la filosofia hegeliana convergevano nel considerare l'azione umana un comportamento necessariamente volontario, con la conseguenza di privilegiare i criteri di imputazione di tipo psicologico. D'altro canto, la teoria del reato si mostrava assai sensibile a tali dogmi metagiuridici, che venivano recepiti e utilizzati, per forgiare le categorie penalistiche, e tra queste il concetto di colpevolezza. Da qui, dunque, l'assioma allora indiscusso — al di fuori, così come nell'ambito, del diritto penale — secondo cui ogni colpevolezza è una colpevolezza del volere.

In secondo luogo, e quale fattore più squisitamente penalistico, va considerato anche il predominio speculativo dell'illecito doloso, in quanto si trattava del modello di illecito che meglio soddisfaceva le premesse metagiuridiche di tipo volontaristico, di cui si è detto. Ma si trattava anche di un predominio legislativo, che si coglieva sia nella rarità dei reati colposi, sia nella loro disciplina positiva, dato che gran parte degli istituti della parte generale, destinati a regolare la colpa penale, erano stati forgiati dal legislatore sulla fisionomia e sulle caratteristiche dei reati dolosi.

---

(2) V. per tutti F. MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, 3 ed., Padova, 1992, p. 339 s.

Si comprende dunque perché, fino ai primi decenni di questo secolo, la storia della colpa penale è la storia dei tanti e infruttuosi tentativi di cercare nella responsabilità colposa componenti psicologiche effettive. E non meraviglia, allora, che, di fronte all'insuccesso di tali tentativi, sempre più spesso venisse profilata l'alternativa della depenalizzazione dei reati colposi per contrasto col principio di colpevolezza.

2. – Il tramonto della concezione psicologica della colpevolezza si riconnette alla progressiva affermazione del metodo giuspositivistico e, in particolare, di un suo fondamentale insegnamento: le categorie del diritto penale, e dunque anche quelle che attengono alla responsabilità colposa, non possono modellarsi alla luce delle pregiudiziali filosofiche o etiche, ma devono costruirsi sul terreno del diritto positivo. Il rinnovato interesse per la colpa si deve, però, anche alla crescita delle fattispecie colpose, a sua volta dovuta all'avvento del macchinismo e all'affermarsi di una nuova sensibilità, di tipo solidaristico, nei confronti delle offese arrecate involontariamente. Nel volgere di pochi decenni, pertanto, la colpa penale cessa di incarnare un fenomeno residuale e, assumendo una autonomia categoriale nell'ambito della teoria del reato, inizia ad emanciparsi dal predominio speculativo dell'illecito doloso.

In questo nuovo contesto, se si vuol dare senso alla contrarietà all'intenzione, di cui all'art. 43 c.p., non vi è altra strada che intenderla semplicemente come non-volontà (3), ovvero quale criterio di discrimine rispetto al dolo; in breve: come la volontà è elemento positivo di quest'ultimo (4), così la non-volontà è elemento negativo della colpa. È anche vero, però, che una siffatta precisazione risulta di scarsa utilità. Infatti, che la colpa si caratterizzi per la non-volontà discende già da un'attenta interpretazione dell'art. 42, comma 2, c.p., là dove si stabilisce il principio della colpa come ipotesi di responsabilità, non solo espressa, ma anche eccezionale, ovvero subordinata all'assenza del dolo.

Ben più importante è invece la seconda parte della definizione di colpa contenuta nell'art. 43 c.p. Essa infatti indica in positivo la caratteristica della colpa, stabilendo che il fatto colposo si deve essere realizzato «a causa di negligenza, imprudenza, imperizia, owero per inosservanza di leggi regolamenti, ordini e discipline». Com'è evidente, è questo il segmento della definizione legislativa che indica l'autentica dimensione normativa della colpa e consente di individuarla nel contrasto tra il comportamento dell'agente e la pretesa di diligenza fatta valere dall'ordinamento, nella misura in cui la sua osservanza era idonea a scongiurare la verificazione dell'evento.

---

(3) Cfr. per tutti G. CONTENTO, Corso di diritto penale, vol. II, Bari, 1996, p. 126.

(4) Da ultimo, sul punto, v. L. EUSEBI, Il *dolo* come volontà, Brescia, 1993, p. 10 s.

Sotto questo profilo l'art. 43 si presta a essere interpretato come una norma di disciplina; vale a dire, non già come disposizione meramente esplicativa del fenomeno colposo, bensì come norma che contribuisce a regolare i fatti colposi. Ed in quanto tale essa mostra una sua utilità. A ben vedere, infatti, l'art. 43 elenca le fonti delle regole cautelari, specificando che esse possono essere di tipo sociale (regole di diligenza, prudenza e perizia) ovvero di fonte giuridica (leggi, regolamenti, ordini e discipline). Ebbene, l'elencazione delle fonti delle regole cautelari, contenuta nell'art. 43 c.p., integra e completa le singole fattispecie colpose previste nella parte speciale. Nel senso che l'inciso «per colpa» o un suo equivalente linguistico, che compare nelle singole previsioni incriminatrici quale indicatore del titolo di responsabilità, rimanda alle fonti indicate nell'art. 43 c.p. Per esigenze di sintesi legislativa, la loro elencazione è riportata per esteso solo nell'art. 43, ma funzionalmente è presente in ogni fattispecie colposa, che la richiama attraverso l'elemento linguistico con cui viene espresso il carattere colposo del fatto.

La fattispecie colposa non ha dunque una dimensione, per così dire, meramente grafica e topografica; nel senso che essa non coincide con gli articoli, i commi e le disposizioni che contengono determinati elementi descrittivi del fatto punito. Al pari di ogni altra fattispecie incriminatrice, anche la fattispecie colposa è una realtà linguistica e logica, ovvero l'insieme degli enunciati normativi, da cui dipende la compiuta descrizione del fatto e le condizioni necessarie per il suo assoggettamento a pena. Ebbene, la particolarità della fattispecie colposa sta nel fatto che il profilo della colposità viene espresso attraverso elementi normativi (5). Come noto, infatti, con tale espressione ci si riferisce alle unità linguistiche che indicano una componente della fattispecie *per reiationem:* attraverso, cioè, il rinvio ad altre norme, per lo più extrapenali, non di rado anche extragiuridiche, indicative per l'appunto della regola cautelare doverosa. Non meraviglia dunque che parte della dottrina abbia definito la fattispecie colposa «aperta>(6), proprio perché bisognosa di essere completata dall'apporto descrittivo della norma cautelare.

3. – I1 processo di normativizzazione della colpa ha portato dunque al centro della colpa penale il momento della violazione del dovere di diligenza, quale elemento indeffettibile e assolutamente caratterizzante di tale titolo di responsabilità (7). Da qui, la necessità di costruire sistematicamente il

(5) Cfr. A. PAGLIARO, Principi di *diritto* penale, parte generale, 5 ed., Milano, 1996, p. 309. V. anche G. FORTI, Colpa ed evento nel diritto penale, Milano, 1990, pp. 114 e 165 s.

(6) Cfr. H. WELZEL, Das deutsches *Strafrecht,* 11 ed., Berlin, 1969, p. 82. Da noi, v. G. MARINUCCI, La colpa per inossewanza di leggi, Milano, 1965, p. 5.

(7) Per tutti, con particolare attenzione alla moderna evoluzione dogmatica del delitto colposo, v. G. MARINUCCI, op. cit., p. 21 *passim.*

delitto colposo intorno alla violazione delle cautele doverose, specificando sia le categorie dogmatiche nel cui ambito essa rileva, sia la sua funzione. In via preliminare, però, appare necessario mettere a fuoco il raggio di operatività del dovere di diligenza e i criteri di individuazione del contenuto precettivo espresso nella norma cautelare.

A questo proposito, va tenuto presente che in relazione allo svolgimento di un'attività pericolosa, quale che sia la sua natura e tipologia, l'esperienza individuale e collettiva suggerisce l'osservanza di talune regole cautelari, finalizzate alla buona riuscita dell'attività e ad evitare danni a terzi. E questo un dato per così dire pregiuridico, ovvero di tipo esperienziale, che, come tale, risulta strettamente collegato alla pericolosità dell'attività, non al carattere della sua liceità o meno. Dal punto di vista empirico, infatti, anche l'agire illecito è perfettamente compatibile con l'adozione di regole cautelari (8). Così, per esempio, i secondini che, nel dispregio della legge e del regolamento carcerario, per placare l'indisciplina di un detenuto, decidono di sottoporlo a un pestaggio, se vogliono perseguire l'intento di far soffrire la vittima senza provocarle lesioni gravi e visibili, la percuoteranno in quelle parti del corpo dove non vi sono organi vitali e, magari, immobilizzeranno previamente il soggetto passivo per evitare che durante la colluttazione si verifichino offese ulteriori e non volute.

Ora, di fronte al problema delle condotte pericolose, l'ordinamento può adottare due diverse soluzioni, la prima delle quali è quella di vietare lo svolgimento dell'attività in ragione dei suoi intrinseci coefficienti di rischio. Com'è intuitivo, in un sistema razionale di norme, questa soluzione si impone allorché, ai fini di un'efficace tutela sociale, appaia insufficiente la semplice subordinazione dell'attività all'osservanza delle cautele doverose. Di conseguenza, colui che svolge l'attività pericolosa vietata non è tenuto all'osservanza delle regole cautelari, pena la contraddizione del sistema. Se vuole, può osservarle nel suo personale interesse, per evitare cioè che la sua attività trasmodi, dando luogo a più gravi titoli di responsabilità; ma non è questa la pretesa fatta valere dal sistema normativo.

La seconda soluzione cui può ricorrere l'ordinamento è quella, invece, di consentire l'attività pericolosa, subordinandone lo svolgimento al rispetto di regole cautelari finalizzate a contenerne il pericolo; è in tali casi, dunque, che l'adozione della regola cautelare diventa obbligatoria. In altre parole: il dovere di diligenza rileva come pretesa comportamentale caratteristica delle sole attività pericolose lecite. Quanto all'inosservanza di tali regole cautelari doverose, essa può anche essere sanzionata di per sé. Nondimeno, quando l'evento prodotto dall'inosservanza della cautela doverosa risulta particolarmente grave, l'ordinamento prevede una fattispecie penale punita a titolo di colpa, di cui per l'appunto la regola cautelare violata

(8) Sul punto, v. anche S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 130.

diventa parte integrante. Ne consegue che, dal punto di vista dell'ordinamento le regole cautelari sono norme modali (o comportamentali), in quanto indicano il modo in cui un'attività pericolosa deve essere svolta. Quale tipica espressione delle attività pericolose lecite, le regole cautelari servono per l'appunto a conciliare il diritto di libertà al loro svolgimento con la tutela dei terzi.

Da qui, una duplice conseguenza.

La prima può così riassumersi: le attività vietate per la loro intrinseca pericolosità sono incompatibili con dovere di diligenza e dunque con una responsabilità penale a titolo di colpa.

La seconda conseguenza riguarda la regola dell'astensione dallo svolgimento di una data attività pericolosa, quale tipologia largamente ammessa di norma cautelare (9), che opererebbe tutte le volte in cui l'agente non è in grado di fronteggiare adeguatamente i rischi insiti nell'attività intrapresa, dando luogo alla colpa per assunzione. Ebbene, ove si condivida il carattere modale della regola cautelare, è chiaro che la norma cautelare non può consistere in un dovere di astensione, dato che, così ragionando, si finirebbe per trasformare la regola cautelare in un divieto, ovvero nel suo opposto logico.

Ma non è tutto. Dall'acquisita natura modale della regola cautelare discendono anche implicazioni di tipo sistematico, che impongono il superamento della tradizionale concezione della colpa come mera forma di colpevolezza, Prima tra tutte, la presa d'atto che, nell'ambito della fattispecie penale, la regola cautelare svolge una funzione descrittiva del fatto vietato (10). Essa contribuisce, cioè, a delineare la tipicità del delitto colposo, ovvero la pretesa comportamentale che, sotto la minaccia di una sanzione penale, l'ordinamento fa valere in termini impersonali e dunque oggettivi.

Da questa angolazione, si comprende, allora, che l'integrazione della tipicità colposa deve avvenire nel rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari. In particolare, i principi della riserva di legge e di determinatezza impongono di approfondire il problema delle fonti della regola cautelare e di affinare i criteri necessari all'individuazione del comportamento conforme a diligenza. Invero, proprio perché destinata, al pari degli altri elementi del fatto tipico, all'integrazione della fattispecie colposa, l'individuazione della regola cautelare non può essere rimessa alla discrezionalità giudiziale. A ben vedere, dunque, l'accertamento della negligenza dell'agente non è un problema solamente fattuale e probatorio, ma presuppone la previa individuazione e ricostruzione della cautela doverosa quale regola comporta-

---

(9) V. ad esempio: F. MANTOVANI, op. cit., p. 344; T. PADOVANI, Diritto penale, 3 ed., 1995, p. 265.

(10) Nella nostra recente manualistica, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., p. 487. Nella dottrina tedesca, v. per tutti C. ROXIN, Strafrecht. *Allgemeiner Teil,* vol. I, 2 ed., Munchen, 1994, p. 890.

mentale astratta, che, in quanto tale, abbia una capacità motivante rispetto alla condotta richiesta, risulti riconoscibile dall'agente, adempibile da questi e idonea a prevenire l'evento.

Dal punto di vista metodologico, ciò significa che l'accertamento della colpa del fatto tipico (comprensivo, com'è ovvio, della regola cautelare astratta e impersonale) deve precedere quello della colpa del fatto storico (ovvero del comportamento negligente tenuto dall'agente concreto). Per affermare la sussistenza della tipicità colposa, dunque, l'interprete'è tenuto, in via assolutamente preliminare, a individuare l'esistenza della norma cautelare attraverso la sua fonte di produzione.

4. – Come noto, sotto il profilo delle fonti, l'art. 43 c.p. distingue le regole cautelari in sociali e giuridiche ([11]).

Iniziando da queste ultime, va ricordato che, sempre in base all'art. 43 c.p., esse possono derivare da leggi, regolamenti, ordini e discipline.

È innegabile che, a prima vista, la positivizzazione delle regole cautelari rafforzi l'idea della certezza giuridica. Sennonché, ad un più attento esame, l'identificazione tra norma cautelare giuridica e regola prudenziale certa non ha valore assoluto, ma dipende piuttosto dallo standard di determinatezza ed esaustività della regola positiva. Così, accanto a regole cautelari sufficientemente determinate, quale ad esempio l'obbligo dell'automobilista di arrestare la marcia al semaforo rosso (artt. 41, comma 2, e 146, comma, comma 3, cod. strada), vi sono norme prudenziali di fonte giuridica, che rimandano di fatto alle regole di comune esperienza ora per la determinazione del comportamento diligente, ora per l'individuazione delle condizioni fattuali di operatività della regola. Vi sono casi, anzi, in cui la regola prudenziale giuridica è indeterminata sotto entrambi i profili (si pensi al generico obbligo di «comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione)), che, ai sensi dell'art. 140, comma 1, cod. strada, grava su tutti gli utenti della strada). Dire che in tali ipotesi ci si trova in presenza di una regola cautelare giuridica significa arrestarsi all'apparenza del fenomeno, poiché, com'è evidente, la fonte giuridica si limita a richiamare le norme cautelari sociali e il loro ambito di operatività. Ciò significa che, sotto il profilo preventivo, la norma cautelare giuridica non ha una funzione autonoma. Com'è intuitivo, ne consegue che quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica.

Tanto premesso, le critiche, che sono state mosse alla positivizzazione delle regole cautelari ([12]), devono essere correttamente intese: esse si ap-

([11]) Per questa classificazione, v. per tutti A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 299 s.
([12]) Cr. G. MARINUCCI, op. cit., p. 236 *passim*.

puntano, da un lato, sul carattere patologico delle norme cautelari indeterminate e, dall'altro, sui tentativi di negare l'identità strutturale della colpa generica e di quella specifica sotto il profilo dei necessari criteri di ascrizione dell'evento alla condotta negligente. Si tratta, dunque, di critiche condivisibili, ma dalle quali non è possibile trarre argomenti per negare i vantaggi che, sul piano della certezza del diritto, possono discendere da una corretta formalizzazione del contenuto precettivo della diligenza doverosa. A ben vedere, infatti, la positivizzazione della norma cautelare risulta particolarmente indicata tutte le volte in cui si intenda sottrarre del tutto la pretesa di diligenza alla variabilità dell'esperienza individuale. In modo particolare, l'esigenza di una standardizzazione del dovere di diligenza si avverte nei casi in cui, per la spiccata pericolosità dell'attività intrapresa o per l'ancora insufficiente standard di esperienza maturato al riguardo, le regole di comune esperienza disponibili non risultano idonee a orientare, con adeguati margini di certezza ed efficacia, il comportamento dell'agente nel modo richiesto.

Non a caso, è in tale direzione che si è evoluta di recente la normativa prevenzionistica in materia di sicurezza del lavoro. Come noto, con i decreti legislativi 626/1994 e 24211996 si è passati da un sistema antinfortunistico «aperto», sviluppato cioè su un generale dovere del datore di lavoro di assicurare la sicurezza dei lavoratori *ex* art. 2087 C.C., a un sistema che persegue il medesimo obiettivo imponendo al datore di lavoro il rispetto di determinate procedure di sicurezza, la cui violazione è sanzionata in via penale o amministrativa. Ne consegue che, nell'ipotesi di infortuni connessi alla violazione delle cautele in cui si sostanzia l'anzidetta procedura di sicurezza, un'eventuale responsabilità del datore di lavoro andrà verificata sul terreno della colpa specifica, con maggiori margini di certezza sotto il profilo dello standard di determinatezza della tipicità penale. Sul punto del resto vi è larga convergenza tra i primi commentatori della nuova normativa antinfortunistica.

A quest'ultimo proposito, semmai, la questione dibattuta è se, nel caso di scrupolosa osservanza delle procedure di sicurezza da parte del datore di lavoro, la nuova normativa lasci residuare o meno lo spazio per una colpa generica del datore di lavoro *ex* art. 2087 C.C., ove l'impiego di regole cautelari possibili, ma non doverose ai sensi della disciplina speciale, avrebbero potuto ridurre le probabilità di verificazione dell'infortunio. Il problema è affatto significativo per i suoi riflessi operativi e, prima ancora, per le sue implicazioni ricostruttive in ordine ai rapporti tra colpa generica e colpa specifica. Non è casuale, dunque, che, segnatamente su questo terreno, si riscontrino forti resistenze a rinunciare alla tutela supplementare offerta dalla colpa generica. Si tratta di resistenze, che risultano ingiustificate, se non preconcette, nella misura in cui il sistema delle cautele positivizzate risulta pienamente adeguato al contenimento dei fattori di rischio, insiti nello svolgimento di una determinata attività. In tali casi, riconoscere, seppure in via residuale, una rilevanza alle regole cautelari sociali equi-

vale a legittimare, nel campo della tipicità colposa, un diritto penale, che non è più il limite invalicabile della politica criminale (l[3]), ma un suo efficace strumento nelle mani dell'interprete.

5. – Il favore che, in settori come la sicurezza del lavoro, sta incontrando la positivizzazione delle regole cautelari, sotto forma di procedura vincolante per l'organizzazione e lo svolgimento delle attività lavorative pericolose, non deve far perdere di vista che il maggior problema della tipicità colposa rimane l'individuazione delle regole cautelari sociali, il cui ambito d'intervento risulta comprensibilmente ampio. Si prescinda pure dal già considerato fenomeno della colpa generica residuale; è fin troppo chiaro, infatti, che la positivizzazione di tutte le regole cautelari risulta impossibile. Da qui l'indifferibilità di una breve riflessione sul problema dei criteri di identificazione della regola sociale.

Le soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono essenzialmente tre.

A) La prima fa leva sulla prevedibilità, quale criterio di formazione della regola cautelare (l[4]). Più precisamente, attraverso un giudizio ex ante, la prevedibilità di un determinato evento, come conseguenza di una certa condotta, consente di individuare una regola comportamentale, adottando la quale l'evento risulta non più prevedibile e dunque evitabile. Così, nel caso dell'automobilista, che, alla guida del proprio mezzo, si trova a percorre una strada sdrucciolevole alla velocità di 100 Km/h, è prevedibile la perdita di controllo della vettura col rischio di lesioni a passeggeri ed eventuali pedoni. Ipotizzando la progressiva riduzione della velocità, si giungerà all'individuazione di una misura, osservando la quale, l'evento dannoso non risulta più prevedibile, talché la sua verificazione rientra nel campo del fortuito. In una prospettiva deontologica, la misura della velocità così individuata coincide con la regola cautelare doverosa.

Ora, per quanto diffusa, la teoria della prevedibilità-evitabilitàpresenta alcune note insufficienze, a partire dalle oscillazioni che si registrano in relazione alla misura della prevedibilità. Da qui, un primo interrogativo: occorre far riferimento al parametro della migliore scienza ed esperienza o a quello dell'agente medio? E ancora: quale deve essere il grado di accadibilità dell'evento, sufficiente a farlo ritenere prevedibile? Basta la possibili-

---

([13]) Il riferimento è al celebre insegnamento di F. von LISZT, *Über den Einfluss* der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die *Grundbegriffe* des Strafrechts, in Strefrechtliche Aufsatze und Vortrage, vol. I, Berlin, 1905, p. 80.

([14]) V. già F. CARRARA, Programma del corso di diritto criminale, parte generale, 4 ed., Lucca, 1971, §83, p. 71 s. Oggi, per tutti, v.: M. GALLO, Colpapenaie (dir. *vig.*), in Enc, dir., vol. VII, 1960, p. 638 s.; *G*. MARINUCCI, *op*. cit., p. 177; F. MANTOVANI, op. cit., p. 343; G. MARINI, Lineamenti del sistema penale, 2 ed., Torino, 1996, p. 503; G. CONTENTO, *op*. cit., p. 139 s.

tà della sua verificazione o deve richiedersi una qualche probabilità? Infine, il criterio della prevedibilità si infrange di fronte a quelle attività pericolose in relazione alle quali un evento dannoso è sempre prevedibile. Qui, la teoria della prevedibilità condurrebbe, di fatto, alla costante interdizione dell'attività pericolosa, posto che solo la regola dell'astensione può assicurare l'evitabilità dell'evento.

In breve: la teoria della prevedibilità rischia di amplificare l'indeterminatezza della tipicità colposa costruita sulla violazione di una regola cautelare sociale. Né deve meravigliare la diffusione che incontra tuttora la teoria della prevedibilità nella giurisprudenza (15). A ben vedere, essa si spiega anche con l'attitudine della prevedibilità a una ricostruzione della regola cautelare, che si presti a un'agevole motivazione della sentenza. Attraverso la modulazione del parametro di prevedibilità e del grado di accadibilità dell'evento, l'interprete può agevolmente costruire ex post la regola cautelare che, considerata ex ante, avrebbe impedito la verificazione dell'evento.

B) Un altro criterio di individuazione della regola cautelare sociale, elaborato dalla dottrina e invalso anche nella giurisprudenza, passa attraverso il ricorso alla figura dell'agente modello (16). Si tratta di un parametro dalle chiare ascendenze civilistiche, il cui vantaggio, nel capo della colpa penale, risiede nella sua modulabilità in una pluralità di sotto-parametri, ai quali si demanda il compito di mediare tra certezza del diritto e personalità dell'illecito. In particolare, la pretesa di diligenza viene affidata al modello relativistico dell'*homo eiusdem professionis et* condicionis, che consente di calibrare la pretesa di diligenza fatta valere nei confronti dell'agente reale attraverso la previa riconduzione di quest'ultimo alla figura di agente ideale che gli è più prossima (17). In altre parole: per individuare il comportamento diligente doveroso, l'interprete si chiederà come si sarebbe comportano nella situazione concreta l'agente modello di riferimento.

Vale la pena di chiarire subito che, nelle esemplificazioni della dottrina e della giurisprudenza, il parametro dell'agente modello risulta per lo più una riedizione affinata della teoria della prevedibilità-evitabilità. Ciò spiega perché i due criteri della prevedibilità e dell'agente modello vengano spesso utilizzati insieme e in modo complementare. In particolare, allo scopo di tracciare i confini della tipicità colposa, si ricorre alla figura dell'agente modello come parametro per la misurazione della prevedibilità dell'even-

---

(15) Di recente Pretura di Verona, 9 giugno 1994, Ferrari, in Giust. pen., 1995, II, c. 297. V. anche Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in Foro it., 1992, II, c. 36.

(16) Cfr. F. ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, parte generale, 14 ed., Milano, 1997, p. 371.

(17) In dottrina ad esempio v. G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., p. 495. Nella giurisprudenza, cfr. di recente: Pretura di Crema, 12 febbraio 1996, Anele, in Giust. pen., 1996, II, c. 376; nonché Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 1994, Archilei, in Giust. pen., 1995, II, c. 501.

to (18). In tal modo, si intende ovviare alla segnalata indeterminatezza della teoria della prevedibilità.

Sennonché, nel perseguimento di un siffatto obiettivo, il ricorso alla figura dell'agente modello non è privo di inconvenienti. Il riferimento è, soprattutto, allo scarto tra l'agente reale e l'agente sociale preso a modello. In particolare, già al livello della tipicità, il carattere astratto e ideale dell'agente modello favorisce una semplificazione eccessiva dell'accertamento della colpa generica, che finisce per risolversi in una sostanziale *fictio iuris*. Anche a prescindere dal rischio di forgiare — così facendo — la pretesa di diligenza sul parametro estremo dell'esperto universale (19), è ben vero che, nella giurisprudenza, la figura dell'agente modello è utilizzata più per affermare la responsabilità colposa, che per escluderla, essendo davvero rarissime le sentenze che, in base alla figura dell'agente modello, giungono a negare la tipicità penale (20). Così facendo, la figura dell'agente modello mostra la sua inidoneità a tracciare in modo non preconcetto il discrimine tra fatti colposi tipici e fatti penalmente irrilevanti. Il parametro dell'agente modello appare piuttosto un discutibile strumento di politica criminale affidato all'interprete, affinché possa agevolmente motivare un'affermazione di responsabilità, già decisa in base ad altri parametri, non ultimo quello che discende da una libera interpretazione del bisogno di pena espresso dal corpo sociale.

C) Un terzo criterio di individuazione delle cautele di fonte sociale muove, da un lato, dalle insufficienze che caratterizzano le impostazioni sopra considerate e, dall'altro, dalla necessità di valorizzare pienamente un profilo, peraltro unanimemente riconosciuto. E precisamente: le cautele di fonte sociale altro non sono che la cristallizzazione dell'esperienza collettiva in regole comportamentali (21), il cui valore non è universale, ma relativo a determinati ambienti sociali. Si tratta cioè di un tipo di normazione spontanea, che si estrinseca nella formulazione, non scritta, di regole di comportamento, consentite o doverose in ragione della loro affermazione nella prassi (22). Volendo descrivere il fenomeno nella sua dimensione fattuale, si

---

(18) Cfr. ad esempio C. FIORE, Diritto penale, vol. I, Torino, 1993, p. 250. Non meraviglia, dunque, la valorizzazione del criterio dell'agente modello anche da parte degli autori che aderiscono alla teoria della prevedibilità; cfr. per tutti G. MARINUCCI, op. cit., p. 193 s.

(19) Sul punto, v. M. ROMANO, *Commentario* sistematico *del* codice penale, vol. I, 2 ed., Milano, 1995, p. 427.

(20) V. ad esempio Pretura di Caltanissetta, 3 settembre, 1995, Iacolino, in Foro it., 1996, II, c. 520 s., dove, peraltro, il riferimento all'agente modello risulta apodittico e ad *abundantiam*, dato che la responsabilità dell'imputato viene affermata sulla base dell'avvenuto rispetto delle leges artis.

(21) Per tutti, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op.* cit., p. 488.

(22) *Amplius* F. GIUNTA, Illiceità e colpevolezza nella responsabilità *colposa*, I. La fattispecie, Padova, 1993, p. 242 s.

può dire che, quale che sia il circuito sociale in cui viene a operare l'agente, questi ha come principale modello di riferimento il comportamento di quanti altri hanno svolto e svolgono la stessa attività. Così, il meccanismo che consente di trasmettere al singolo le regole di comportamento maturate sulla base dell'esperienza collettiva risulta funzionale, tra i suoi tanti effetti, anche al contenimento della pericolosità di determinate attività nella misura e nei modi comunemente praticati e accettati. In breve: spingendo a un atteggiamento di conformazione al comportamento della maggioranza, le regole cautelari sociali, per un verso, creano nei terzi l'aspettativa di una certa condotta e finanche una posizione di affidamento ove si tratti di attività pericolose svolte da più soggetti (23); per l'altro verso, esse indicano un ambito di tollerabilità del pericolo che si può anche chiamare rischio (socialmente) consentito (24), ove si precisi che tale nozione non esprime valutazioni autonome e ulteriori rispetto a quelle già condensate nelle regole sociali.

Com'è evidente, il fenomeno esaminato si presenta nella forma della consuetudine, che — è risaputo — a norma dell'art. 8 disp. prel. può essere fonte del diritto solo se espressamente richiamata. Ebbene, nel campo della tipicità colposa, tale richiamo è contenuto già nell'art. 43 c.p., là dove si fa riferimento alla negligenza, imprudenza e imperizia, quali correlati della condotta colposa.

Dal chiarimento del rapporto che intercorre tra soggetto agente e regola cautelare conseguono alcune e non secondarie implicazioni a favore, anzitutto, di un più rigoroso metodo di accertamento della colpa generica. E precisamente: una volta acquisito che l'agente si trova in posizione di fruitore della regola cautelare, sarà agevole orientare la ricostruzione interpretativa della tipicità colposa in modo che essa risulti condizionata dalla preesistenza della regola cautelare rispetto alla condotta, quale dato capace di vincolare l'accertamento giudiziale al rispetto della legalità.

Ma non è tutto. Va anche considerato che, rispecchiando le valutazioni presuntive di pericolosità effettuate dal corpo sociale, la sussistenza della regola consuetudinaria non impone all'agente il gravoso e sproporzionato compito di verificare la validità empirica della norma di comportamento elaborata attraverso la sedimentazione dell'esperienza collettiva. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per ribaltare nella forma e nei contenuti la posizione dell'agente, quale mero fruitore della norma cautelare, chiamato a conformarsi al comportamento della maggioranza e ad evitare pericolosi individualismi. Vero ciò, non diversamente da quanto avviene in

---

(23) Richiama di recente il profilo intersoggettivo che si accompagna al dovere di diligenza M. *MANTOVANI, Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo,* Milano, *1997,* p. **3.**

(24) *In* argomento v. *V. MILITELLO, Rischio e uesponsabilità penale,* Milano, *1988,* p. 55 *passim.*

presenza di norme cautelari formalizzate, il comportamento conforme agli usi risulterà diligente anche se produttivo di eventi dannosi, la cui verificazione, pertanto, non potrà essere addossata a chi si è adeguato alle regole del corpo sociale, anche ove essa dipendesse dall'erroneità empirica della regola prudenziale.

Il criterio proposto consente infine di non punire quei comportamenti puramente maldestri che, mentre risultano espressivi di un mero modo di essere, non sono riconducibili alla violazione di norme di comune prudenza, proprio per la ragione che la loro pericolosità non è fronteggiabile attraverso tale tipo di norme, né obiettivabile nella categoria dei fatti negligenti. Si faccia il caso di colui che, viaggiando in piedi su un autobus cittadino molto affollato, si sfila di tasca la mano e colpisce col gomito una signora anziana, fratturandole il setto nasale. L'inesistenza, nel caso specifico, di un regola cautelare, diversa dal più generale dovere di «fare attenzione)),non è affatto casuale, trattandosi per l'appunto di fatti, la cui pericolosità è connessa al modo di essere dell'agente, prima ancora che al suo comportamento. Ebbene, la repressione penale di tali fatti potrebbe spiegarsi, non tanto con la necessità di prevenirli, quanto con la preoccupazione di offrire una risposta rassicurante al corpo sociale.

6. – La *summa divisio* tra norme prudenziali positivizzate e usi non esaurisce la classificazione delle regole cautelari. Altre distinzioni si rendono necessarie non tanto per ragioni di completezza, quanto e soprattutto per le conseguenze che ne discendono sul piano della disciplina.

A) Deve considerarsi, anzitutto, che, sotto il profilo della tecnica di formulazione, le norme cautelari vanno distinte, a loro volta, in relazione al modo in cui la regola è descritta. Qui vengono in rilievo due categorie di norme prudenziali. Alla prima appartengono le norme cautelari che contengono espressamente la regola di comportamento doverosa, nel senso che indicano in positivo il modo in cui una determinata attività deve essere svolta per contenerne la pericolosità. Alla seconda categoria vanno ricondotte le norme cautelari che pongono la regola modale in modo implicito, ovvero sotto forma di divieto, anche penalmente sanzionato. Almeno in parte, la problematica sottesa a questa seconda categoria di regole cautelari non è nuova. Da tempo, infatti, si discute se possa configurarsi una responsabilità colposa per violazione di una norma penale. E al quesito viene data una risposta positiva, allorché l'evento si sia verificato in conseguenza della violazione di norme penali aventi funzione preventiva (o meglio: cautelare), talché la responsabilità penale si esprimerà in termini di concorso formale di reati ex art. 81, comma 1, c.p.

Il punto però richiede attenzione, dovendosi meglio precisare quand'è che la norma penale presenta un autentico contenuto cautelare. Ebbene, non vi è dubbio che tra le norme penali cautelari rientrino anzitutto le fattispecie incriminatrici, che tipizzano espressamente la violazione di un dato comportamento prudenziale, imposto sotto la minaccia della sanzione

penale. Non deve meravigliare, dunque, che tali fattispecie siano per lo più omissive. Si pensi, ad esempio, al delitto di cui all'art. 437 c.p., là dove punisce l'omessa collocazione «di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro», e alla contravvenzione di omessa custodia o malgoverno di animali prevista all'art. 672 c.p. Ma può trattarsi anche di norme che, nel momento in cui vietano un dato comportamento, contribuiscono implicitamente a indicare il modo in cui l'ordinamento pretende che si svolga una certa attività. L'individuazione di questa tipologia di norme è certamente meno agevole e immediata, poiché si tratta di distinguere due fenomeni, che, in non pochi casi, possono risultare all'apparenza assai simili. E precisamente: da un lato, i casi in cui la norma vieta in radice lo svolgimento di una determinata attività per la sua intrinseca pericolosità, talché — come si è detto — non residua alcuno spazio autonomo per il dovere di diligenza, e dall'altro le ipotesi in cui il divieto non interdice l'attività pericolosa ma solo alcune sue modalità esecutive, con la conseguenza che il divieto può operare come norma cautelare.

Com'è intuitivo, la linea di confine tra le due tipologie summenzionate non è tracciabile in base ai contenuti della fattispecie, quali risultano sotto il profilo naturalistico, dato che proprio la dimensione naturalistica accomuna entrambi i tipi di divieti nella categoria dei reati commissivi. Non resta dunque che individuare la portata del divieto in base a un'interpretazione teleologica fondata su tutti gli aspetti della fattispecie, da cui è possibile trarre indicazioni sulla sua *ratio* di tutela, come quelli che attengono alla struttura dell'incriminazione, alla sua collocazione sistematica, al rapporto con altri reati e all'entità della sanzione comminata. Così, e per fare un esempio, una corretta interpretazione dell'art. 674 c.p. porta ad escludere che il getto pericoloso di cose venga vietato allo scopo di tutelare l'integrità delle persone che possono essere offese dalla condotta tipizzata. Come non si manca di osservare ([25]), la fattispecie appresta una tutela mediata, nel senso che essa mira più semplicemente a prevenire l'insorgere di situazioni di pericolo per le persone. Ma ciò significa che la norma punisce condotte, già di per sé qualificabili come imprudenti. Ancora più chiaramente, l'art. 675 c.p. specifica espressamente che il collocamento pericoloso di cose è tipico se viene realizzato «senza le debite cautele»; una precisazione, questa, che conferma come la contravvenzione punisca una condotta di per sé negligente, ovvero violatrice di una regola cautelare doverosa.

B) In secondo luogo, e per quanto concerne il fondamento preventivo, le regole cautelari possono distinguersi a seconda che la funzione cautelare abbia una copertura scientifico-esperienziale ovvero rifletta un'esigenza puramente organizzativa e ordinatoria. Un esempio del primo tipo è costi-

([25]) Cfr. V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, 5 ed., vol. 10, Torino, 1986, p. 458. V. anche G. LOCATELLI, in Codice penale, a cura di T. PADOVANI, Milano, 1997, sub art. 674, p. 2495.

tuito dalle *Leges artis* che governano l'attività medico-chirurgica. In tali casi, com'è intuitivo, la copertura scientifico-esperienziale è parte integrante della regola e condizione, non solo della sua efficacia, ma anche della sua validità nel tempo. Ne consegue che l'evoluzione della legge di copertura può determinare una modificazione mediata della fattispecie colposa cui afferisce la regola cautelare, con significative ricadute operative sul piano della retroattività. Un esempio del secondo tipo di regola è costituita invece dal dovere per l'automobilista di circolare sulla parte destra della carreggiata e di utilizzare la parte sinistra per il sorpasso (artt. 143, comma 1, e 148, comma **3,** cod. strada). Qui la regola cautelare ha natura convenzionale; essa mira a soddisfare una mera necessità di ordine nello svolgimento dell'attività, con la conseguenza che la sua modificazione non fa cessare la rilevanza penale dei fatti colposi commessi sotto la vigenza della regola cautelare successivamente modificata.

Le regole cautelari dotate di copertura scientifico-esperienziale sono per lo più codificate, nel senso che, proprio in ragione del loro fondamento scientifico-esperienziale, esse sono state consacrate dalla prassi. Ciò non esclude, però, che la regola cautelare possa avere natura sperimentale, ovvero che la sua formulazione tragga origine da una nuova elaborazione delle conoscenze scientifico-esperienziale, che viene effettuata dall'agente, discostandosi dalla prassi. Premesso che il fondamento sostanziale di queste norme cautelari è costituito dall'esigenza di non scoraggiare il progresso scientifico, la loro validità giuridica dipende sia dall'assenza di cautele imposte da una fonte giuridica (come tale vincolante), sia ancora una volta dall'efficacia preventiva, che esse sono in grado di assicurare. Vale a dire che tali regole possono ammettersi nella misura in cui, in base a un giudizio ex ante, assicurano un'efficacia preventiva almeno pari a quella propria delle cautele codificate. Solo così, infatti, il diritto alla sperimentazione, quale aspetto del più generale principio di libertà, potrà conciliarsi con il dovere solidaristico dell'*alterum* non *laedere*. Ne consegue che l'accertamento dell'efficacia preventiva della regola cautelare sperimentale non potrà non tenere conto tanto delle conoscenze, quanto delle capacità tecniche e previsionali dell'agente reale che risultino effettivamente superiori rispetto a quelle sottese alla regola codificata.

C) In terzo luogo, in relazione al grado della loro efficacia preventiva, le norme cautelari si distinguono a seconda che eliminano il rischio di verificazione dell'evento ovvero consentono soltanto di ridurlo ([26]). Oltre a essere più frequenti, le regole del secondo tipo possono rendere problematico il loro concorso con norme prudenziali fornite di una maggiore efficacia preventiva. Ebbene, la convergenza di più norme cautelari va risolta a

---

([26]) *In argomento,* v. *G. MARINUCCI, Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e sua trasfigurazione nella colpevolezza?,* in *Riv. it. dir. proc. pen., 1991,* **pp.** *23-24.*

favore della regola più efficace, salvo che la meno efficace sia imposta da una fonte sovraordinata. In tal caso, però, non può escludersi un residuo di responsabilità per colpa generica ove, nonostante l'osservanza della regola cautelare giuridica, sia addebitabile all'agente la violazione di una cautela sociale (avente un contenuto preventivo, non solo non contrastante con quello della regola cautelare giuridica, ma anche differente rispetto ad esso), che avrebbe potuto impedire la verificazione del fatto colposo.

D) In quarto luogo, sotto il profilo della loro finalità preventiva, le regole cautelari si distinguono a seconda che mirino a contenere la pericolosità della condotta del soggetto gravato dal dovere di diligenza o quella altrui.

Quest'ultimo tipo di cautele merita particolare attenzione, anche per i riflessi che ne discendono in materia di cooperazione colposa. Più precisamente, bisogna distinguere in relazione al modo in cui la regola cautelare mira a prevenire la pericolosità dell'altrui condotta. Ebbene, qui vengono in rilievo due tipologie di regole cautelari.

La prima è quella delle regole prudenziali che intervengono direttamente a regolare l'altrui attività pericolosa, talché la loro violazione dà luogo alla c.d. *culpa in vigilando*. Si tratta di un fenomeno che tende ad assumere un'importanza crescente. Infatti, come si è avuto modo di anticipare, la recente legislazione in materia di sicurezza del lavoro ha introdotto, in capo al datore di lavoro, una dettagliata serie di obblighi cautelari di tipo antinfortunistico, finalizzati a contenere la pericolosità dell'altrui attività produttiva, e nel cui ambito è possibile distinguere ulteriormente tra regole prudenziali che attengono all'organizzazione dell'attività pericolosa e regole che si riferiscono invece solo all'esecuzione dell'attività lavorativa. Com'è intuitivo, particolare interesse rivestono soprattutto le norme prudenziali del primo tipo, dato che esse impongono, al soggetto su cui grava il dovere di diligenza, il rispetto e la concretizzazione di determinate procedure preventive, imposte dalla legge. Volendo, si può parlare, in tali casi, di regole cautelari di natura procedimentale, non tanto per soddisfare un'esigenza puramente definitoria, quanto per sottolineare le conseguenze che possono derivare dalla violazione di tale tipo di cautela. Ed invero, la negligenza del datore di lavoro, che erra nella valutazione dei rischi insiti nell'attività produttiva e conseguentemente nell'individuazione delle cautele adeguate, si riflette sull'attività di quanti sono tenuti all'esecuzione del piano di sicurezza, rendendola oggettivamente contraria al dovere di diligenza. Si tratta cioè di una negligenza che, proprio in quanto destinata a sfociare in una forma di cooperazione colposa, impone di valutare i margini di sindacabilità del piano di sicurezza, elaborato dal datore di lavoro, da parte dei soggetti tenuti alla sua attuazione.

La seconda tipologia di regola prudenziale riguarda invece quelle norme prudenziali che operano in un momento precedente all'inizio dell'attività pericolosa, nel senso che orientano la scelta dei soggetti ai quali è possibile affidare lo svolgimento di tali attività. Secondo una consolidata termi-

nologia di origini civilistiche, la violazione delle regole cautelari anzidette dà luogo alla c.d. *culpa* in *eligendo.* Ebbene, considerata sotto il profilo dei suoi criteri di identificazione, questa tipologia di norme prudenziali non ha una sua autonomia: le caratteristiche che deve possedere un determinato soggetto, perché gli si possa affidare lo svolgimento di un'attività pericolosa, o sono stabilite in norme cautelari giuridiche o vanno ricavate in base agli usi che si sono consolidati, non diversamente da quanto avviene per tutte le norme cautelari di fonte sociale. In ogni caso, se il soggetto cui viene affidato lo svolgimento dell'attività pericolosa è a ciò abilitato dalla legge, non può pretendersi in capo al delegante un accertamento delle capacità del delegato, che si spinga oltre i requisiti formali che ne attestano l'abilitazione. Qui opera dunque il principio dell'affidamento. Diversamente la *culpa in eiigendo* del soggetto delegante concorrerà con quella, eventuale, del soggetto delegato ai sensi dell'art. 113 c.p.

7. – La violazione della regola cautelare doverosa non è tuttavia ancora sufficiente a fondare una responsabilità penale a titolo di colpa. Per opinione oramai unanime occorre altresì che il giudice determini la misura di diligenza pretendibile, nel caso concreto, dall'agente concreto. Ebbene, questo riferimento all'agente reale ha indotto la dottrina prevalente a ritenere che la modulazione del dovere di diligenza sia la strada attraverso cui vada perseguito l'obiettivo della personalità dell'illecito colposo. Non a caso il problema dell'individualizzazione del dovere di diligenza viene per lo più trattato a proposito della colpevolezza del delitto colposo (27).

Sennonché, a ben vedere, la tematica della misura della diligenza svolge la sua funzione, più che nell'ambito della colpevolezza del delitto colposo, ancora al livello della tipicità.

Bisogna tenere presente, infatti, che vi sono casi in cui è l'ordinamento stesso che richiede espressamente una particolare misura di diligenza, per lo svolgimento di una determinata attività. Essendo collegata al tipo di attività intrapresa, la misura della diligenza risulta fissata in astratto, ovvero con riferimento a quanti intendono svolgere quella data attività pericolosa, e a prescindere dalle caratteristiche dell'agente concreto. Si pensi al disposto dell'art. 1618 c.c., che impone all'affittuario di una cosa produttiva una diligenza qualificata, consistente nel rispetto delle regole della «buona tecnica». Ebbene, ove, venendo meno al proprio dovere di diligenza, l'affittuario provochi lesioni personali a terzi, la misura di diligenza, espressamente pretesa dall'ordinamento, non soggettivizza la responsabilità penale, ma fonda la tipicità colposa su una particolare misura di diligenza diversa da quella offerta dalla prassi e più rigorosa di quest'ultima. Un'analoga afferenza al piano della tipicità deve riconoscersi del resto al

(27) Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, op. *cit.*, p. 510.

disposto dell'art. 2236 c.c., là dove stabilisce che, in presenza di problemi tecnici di particolare difficoltà, la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale è limitata al dolo e alla colpa grave ([28]).

D'altro canto, tra i sostenitori della c.d. doppia misura della colpa non manca chi ammonisce a non soprawalutare i risultati ottenibili sul versante della personalità dell'illecito attraverso il ricorso alla misura c.d. soggettiva della colpa ([29]). Si insiste infatti sui limiti logici insiti nella individualizzazione della colpa. Il riferimento è all'impossibilità di giudicare la concreta l'adempibilità del dovere di diligenza, assumendo come parametro di giudizio l'agente hic et nunc ([30]). Da qui, la necessità, da più parti segnalata, di individuare un parametro di giudizio pur sempre astratto, ma ad un tempo relativo, capace cioè di verificare se l'adempimento della misura obiettiva di diligenza era pretendibile dal modello di agente a cui è riconducibile l'agente reale. Come si è anticipato, la dottrina ricorre in tale prospettiva alla figura dell'homo eiusdem condicionis et professionis allo scopo precipuo di introdurre nel sistema un secondo livello di analisi, destinato alla individualizzazione del giudizio di responsabilità penale, che è già stato fondato sulla base della pretesa di diligenza, espressa in termini impersonali al livello della tipicità. È chiaro, però, che, così opinando, si finisce per proporre un confronto tra due parametri entrambi astratti e oggettivi: l'uno imposto *erga omnes* dalla regola cautelare, l'altro relativo, valido cioè per classi di soggetti, aventi determinate caratteristiche. Non a caso, il parametro di raffronto è costituito ancora una volta dalla figura dell'agente modello, che, sul versante della colpevolezza, amplifica gli inconvenienti connessi alla sua difficile predeterminabilità, e già esaminati sul terreno della tipicità, consentendo di costruire sui meriti dell'agente ideale la colpevolezza dell'agente reale. Non resta, dunque, che constatare come l'efficacia individualizzante della c.d. misura soggettiva si esaurisca in una relativizzazione della pretesa comportamentale, talché, anche ove la si accogliesse, essa opererebbe in definitiva come correttivo della tipicità colposa.

8. – Sulla scorta delle considerazioni che precedono, è giocoforza chiedersi se, nell'ambito della responsabilità colposa, esista uno spazio per un autentico giudizio di colpevolezza o se, come non si è mancato di osservare con estremo disincanto ([31]), la personalità dell'illecito colposo

---

([28]) Sul punto, v. da ultimo A. MANNA, Questionen. 49, Colpa professionale, in *Studium* iuris, 1996, p. 340.

([29]) Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., p. 511.

([30]) Cfr. G.V. DE FRANCESCO, Sulla misura soggettiva della colpa, in Studi Urbinati, 1977-1978, p. 339.

([31]) Così G. FIANDACA, Evoluzione e profili attuali della responsabilità per colpa, relazione svolta all'Incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema «La responsabilità penale per colpa professionale» (Frascati, 21-23 aprile 1997). Nello steso senso, già H. MANNHEIM, Der *Maßstab* der Fahrlassigkeit *im* Strafrecht, Breslau, 1912, p. 41 s.

sia destinata a restare, almeno per il momento, null'altro che una nobile aspirazione.

Il problema è tutt'altro che semplice e risulta amplificato dalla difficoltà di far penetrare nella struttura normativa della colpa le caratteristiche e le capacità dell'agente hic et *nunc*, e non quelle di un suo simulacro. Com'è intuitivo, infatti, se si vogliono scongiurare sia esiziali presunzioni di evitabilità del fatto colposo, sia ingiustificate esenzioni da responsabilità, non potrà non tenersi conto di tutti i parametri desumibili dal quadro di vita dell'agente reale, come le conoscenze di cui disponeva al momento del fatto, il tipo e il livello di istruzione nonché la sua esperienza in relazione al tipo di attività intrapresa o ad una analoga. Ebbene, i parametri che, in tal modo, possono desumersi dal quadro di vita dell'agente sono essenziali ai fini di una duplice valutazione.

La prima attiene al riconoscimento, da parte dell'agente concreto, della situazione di pericolo, che rende attuale il dovere di diligenza. Com'è intuitivo, questo tipo di valutazione si impone tanto nei casi in cui la norma cautelare contenga la descrizione dei suoi presupposti operativi, quanto nelle ipotesi in cui la regola prudenziale si limiti a indicare solo il comportamento doveroso. In entrambi i casi è sempre e soltanto l'esperienza individuale che consente ad ogni consociato di riconoscere la sussistenza dei requisiti di pericolo, che, descritti dalla norma prudenziale o impliciti in essa, ne rendono obbligatorio l'impiego. Le capacità di percezione dell'operatività della regola cautelare esprimono un grado di evitabilità del fatto colposo, che varia da soggetto a soggetto e funge da presupposto al divieto espresso nella fattispecie incriminatrice, quale risulta anche dal contributo descrittivo offerto dalla regola oggettiva di diligenza violata. Discendendo direttamente dal principio dell'alterum non *laedere*, che informa l'intero ordinamento e trova una formulazione generale nell'art. 2043 c.c., la prima condizione di evitabilità del fatto colposo ha, dunque, una dimensione pretipica, nel senso che rileva in un momento logicamente e cronologicamente precedente a quello in cui la regola cautelare svolge la sua funzione preventiva. In altre parole: il riconoscimento della situazione di pericolo, che rende doverosa la regola cautelare, costituisce il presupposto soggettivo dell'evitabilità oggettiva espressa per l'appunto dalla norma prudenziale. Si comprende dunque che, nell'individuazione dei presupposti operativi della regola cautelare, l'agente ha l'obbligo di utilizzare, nella massima misura e quali risultano dall'anamnesi del suo quadro di vita, tutte le conoscenze di cui dispone, anche quelle che, attenendo alla sua scienza privata, non sono generalizzabili. Così, e per fare un esempio, se un automobilista sa che in prossimità della strada dove sta transitando dei bambini sono soliti giocare a pallone, tale consapevolezza fa scattare la doversosità della regola cautelare, che nella specie impone di rallentare l'andatura in modo da poter frenare in tempo, ove uno di essi attraversi d'improvviso la strada per rincorrere il pallone.

La seconda valutazione — da effettuarsi in relazione alle caratteristiche dell'agente concreto, quali risultano dal suo quadro di vita — mira invece ad appurare la capacità dell'agente di corrispondere all'aspettativa di comportamento espressa dalla regola cautelare. È a questo proposito che la dottrina pone il problema delle capacità superiori dell'agente. A ben vedere, però, la questione non ha ragione di essere, ove si consideri che — come si è già osservato — nell'ambito della tipicità colposa le norme cautelari sono regulae iuris, che l'agente ha l'obbligo di osservare, ma non di verificare, né di potenziare sotto il profilo della loro efficacia. Ne consegue che l'agente dotato di conoscenze e capacità superiori ha certamente la facoltà di utilizzarle, ma non è obbligato a farlo sotto la minaccia della pena (32). Diversamente opinando, infatti, si negherebbe il senso profondo dell'acquisita afferenza della diligenza oggettiva al livello della tipicità: ovverosia la sua funzione di garanzia del *favor* libertatis.

Va anche detto, però, che vi sono casi in cui questa impostazione dell'evitabilità soggettiva del fatto colposo non riesce a soddisfare compiutamente un'autentica istanza di colpevolezza. Di per sé, infatti, il quadro di vita dell'agente non consente di dare rilievo a situazioni contingenti, che incidono sensibilmente sull'evitabilità in concreto del fatto.

In particolare, il riferimento è a due ipotesi, la prima delle quali si caratterizza per l'improvvisa insorgenza di fattori di sconvolgimento emotivo, che possono determinare una comprensibile incapacità di adeguarsi alla pretesa di diligenza. Ricorrendo a un esempio di scuola, si pensi alla madre che, avendo appreso del grave incidente occorso al figlio, si precipita all'ospedale, scordando il cane mordace nel cortile condominiale e causando così delle lesioni personali all'anziana vicina di casa. Com'è intuitivo, siamo in un campo dove solo un giudizio di inesigibilità in concreto del comportamento doveroso e certamente possibile può sottrarre l'agente alla sanzione. Non a caso l'inesigibilità viene indicata come uno dei contenuti emergenti del giudizio di colpevolezza nel reato colposo, anche se su un siffatto epilogo pesano le riserve che originano dalla natura di scusante extralegale propria dell'inesigibilità (33).

Una seconda ipotesi problematica attiene a quel complesso di disturbi *lato sensu* psichici, che, non assurgendo a infermità, non escludono l'imputabilità, ma che nondimeno possono ridurre in modo significativo l'evitabilità del fatto colposo, nella misura in cui incidono soprattutto sulla capacità di percezione dei presupposti operativi del dovere di diligenza (si pensi agli stati nevrotici e depressivi non gravi). È questo un profilo della personalità dell'illecito colposo sacrificato, oggi, da una concezione legislativa e dog-

(32) Così anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 427-428 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(33) In argomento, v. G. FORNASARI, Il principio di inesigibilità *nel* diritto penale, Padova, 1990, p. 157 s.

matica dell'imputabilità costruita sul tipo di evitabilità che caratterizza l'illecito doloso, ovvero su un modello di evitabilità che si fonda sulla semplice non-volontà del fatto tipico.

ABSTRACT

L'acquisito carattere normativo della colpa penale impone di costruire il delitto colposo sul parametro della violazione della diligenza doverosa. Da qui l'esigenza di una riflessione volta ad approfondire sia l'ambito di operatività del dovere di diligenza nel diritto penale, sia la struttura e i criteri di individuazione delle regole cautelari, quali imprescindibili componenti della tipicità colposa.

The acquisition of the normative character of criminal negligence compels to construct crime of negligence upon the parameters of the violation of due diligence. Hence the need to investigate both the operative scope of the duty of diligence in criminal law and the structure and determining criteria of precautionary rules which necessarily form the «typicity» of the crime of negligence.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

ALESSANDRO BERNARDI

PROFILI DI INCIDENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SUL DIRITTO PENALE AGROALIMENTARE (*)

Sommario

1. Premessa. - 2. L'influenza del diritto comunitario sull'interpretazione delle norme penali in materia agroalimentare. - 3. La legislazione comunitaria in tema di alimenti e la sua attitudine ad integrare le fattispecie penali di settore. In particolare, l'integrazione degli elementi normativi. - 4. (segue): l'integrazione delle fattispecie penali improntate alla tecnica del rinvio. - 5. L'efficacia disapplicativa delle norme e dei principi comunitari sul diritto penale agroalimentare. In particolare, l'inapplicabilità delle fattispecie che prevedono sanzioni eccessivamente severe. - 6. (segue): l'inapplicabilità delle fattispecie penali in materia di alimenti per illegittimità comunitaria del precetto. - 7. (segue): disapplicazione delle norme penali agroalimentari ex art. 30 Tr. CE e «discriminazioni alla rovescia». Verso l'illegittimità costituzionale di ogni disparità di trattamento su scala europea? - 8. Principio di «fedeltà comunitaria» ex art. 5 Tr. CE e obblighi nazionali di tutela della regolamentazione comunitaria relativa ai prodotti agricoli e alimentari. - 9. (segue): Gli sviluppi del principio di fedeltà comunitaria in prospettiva sanzionatoria. I principi di assimilazione degli illeciti comunitari agli illeciti nazionali e di efficacia-proporzione della risposta punitiva. - 10. (segue): I1 difficile coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzione, con particolare riferimento agli illeciti in materia agroalimentare. - 11. (segue): La cumulabilità tra sanzioni comunitarie e sanzioni interne in caso di violazione della normativa sugli alimenti. L'obbligo di attenuazione «in via equitativa» del complessivo carico sanzionatorio e la riforma operata sul punto dal reg. CE-Euratom n. 2988/95. - 12. Considerazioni conclusive.

1. – I1 diritto penale agroalimentare costituisce, con ogni probabilità, uno dei settori più articolati e problematici dell'ordinamento penale. Ciò deriva innanzitutto dalla stratificazione al suo interno di norme di fonte

(*) È il testo. ampliato e corredato di note, dell'intervento presentato al Convegno nazionale «A. Carrozza» di diritto agrario sugli «Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare» (Firenze, 21 novembre 1997).

diversa, e dalla conflittualità esistente tra la dimensione vieppiù «europea» assunta dal diritto agroalimentare e la dimensione tradizionalmente nazionalistica propria del diritto penale. Infatti, come tutti sanno, mentre il diritto agroalimentare costituisce uno degli ambiti normativi in cui più evidente si manifesta l'erosione delle competenze dello Stato ad opera del diritto comunitario (1), il diritto penale esprime il nocciolo duro della sovranità statuale e tende dunque a mantenere connotati fortemente «autarchici» (2). In tale prospettiva, il diritto penale agroalimentare appare destinato ad offrire un ricco campionario di questioni, spesso assai complesse, concernenti le diverse forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto criminale.

In questa sede, ci si propone appunto di esaminare brevemente le principali fra tali forme di incidenza, evidenziandone la ricaduta in materia agroalimentare. In particolare, ci si soffermerà *sull'incidenza* interpretativa (cioè, più esplicitamente, sull'attitudine del diritto comunitario ad influenzare la lettura delle norme penali agroalimentari); sull'incidenza *integratrice* (vale a dire sulla tendenza della normativa comunitaria a completare in vario modo e misura le fattispecie penali nel settore considerato); *sull'incidenza* disapplicativa (o meglio, sulla capacità del diritto comunitario di inibire in sede agroalimentare l'applicazione delle norme penali con esso confliggenti); sull'incidenza *incriminatrice* (più precisamente, sulla possibilità per il diritto comunitario di imporre agli Stati membri l'introduzione di norme punitive destinate alla tutela dei precetti varati a Bruxelles in tema di agricoltura o alimenti, e financo di vincolare gli Stati in questione a comminare ed irrogare sanzioni dotate di specifiche caratteristiche qualitative e/o quantitative).

2. – *Passando* subito *all'esame dell'incidenza* interpretativa, basterà qui ricordare come il diritto comunitario si presti a riplasmare le disposizioni penali nazionali attraverso differenti meccanismi di implementazione in-

---

(1) In argomento cfr., ad esempio, *Comunitarizzazione* del diritto interno e diritto agrario regionale. Regime giuridico dei *terreni* forestali, Atti delle *IV* Giornate *camerti* di diritto agrario comunitario, 1990-1991; COSTATO, Compendio di *diritto* agrario italiano e comunitario, Padova, 1989, p. 56 ss.; COSTATO, D'ADDEZIO, *Il* diritto della Comunità europea, in Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario, a cura di L. Costato, Padova, 1997, p 32 ss.; D'ADDEZIO, L'incidenza del diritto comunitario sul diritto agrario interno, Pisa, 1988; SGARBANTI, Le fonti del diritto agrario. Le fonti costituzionali e comunitarie, Padova, 1988; SNYDER, Diritto agrario della Comunità Europea, Milano, 1990.

(2) Cfr., per tutti, de ANGELIS, Protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità, in Riv. Guardia finanza, 1995, p. 699; DELMAS-MARTY, Vers un droit pénal européen *commun?,* in Archives de politique *criminelle,* 1997, p. 9. Volendo cfr., altresì, BERNARDI, «*Europeizzazione*» del diritto penale commerciale?, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1996, p. 5.

terpretativa (3). Meccanismi cui — è bene sottolinearlo — il giudice interno risulta vincolato: infatti, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia (4) e ribadito dalla stessa Corte costituzionale (5), in virtù della presunzione di conformità della legge interna alla normativa comunitaria, «tra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità».

Certamente, è un dato acquisito sul piano dei principi che l'obbligo comunitario di interpretazione conforme sia soggetto a significativi limiti in ambito penale (6). Più precisamente, l'organo giudicante nazionale non solo non è tenuto, ma non deve interpretare la disposizione interna conformemente al diritto comunitario laddove una siffatta interpretazione si traduca nella creazione di un nuovo illecito penale owero nell'inasprimento della risposta sanzionatoria (7). E addirittura, secondo una recente pronuncia della Corte di giustizia, persino un'interpretazione estensiva della fattispecie penale per adeguarla alle esigenze del diritto comunitario sarebbe

---

(3) Per più ampi svolgimenti in tema di incidenza interpretativa del diritto comunitario sulla fattispecie penale cfr., volendo, BERNARDI, Codificazione penale e diritto comunitario. **I** – La modificazione del diritto penale ad opera del diritto comunitario, Ferrara, 1996, ed. prow., p. 97 ss.

(4) Cfr. sent. 4 febbraio 1988, causa 157186 (Murphy), in Racc., 1988, p. 690; sent. 13 febbraio 1990, causa 106/89 (Marleasing), in Racc., 1990, p. 4159, punto 8; sent. 16 dicembre 1993, causa C-334192 (Wagner Miret), in Racc., 1993, p. 6911; sent. 14 luglio 1994, causa 91/92 (Faccini Dori/Recreb), in Racc., 1994, p. 3325; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95 (Procedimenti penali c. X), in Dir. pen. proc., 1997, p. 126. In argomento cfr., tra gli altri, DANNECKER, *Strafrecht der Europaischen Gemeinschaft,* in Strafrechtsentwicklung in Europa, a cura di A. Eser e B. Huber, vol. 4.3, Freiburg im Breisgau, 1995, p. p. 18 ss., e bibliografia ivi riportata; SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, in *Dig.* disc. pen., vol. IV, Torino, 1990, p. 89 ss.

(5) Cfr. Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit. Cfr. altresì, nello stesso senso, Corte cost., sentt. 26 ottobre 1981, nn. 176 e 177, in Giur. cost., 1981, pp. 1543.

(6) Sent. 8 ottobre 1987, causa 80186 (Kolpinghuis Nijmegen), in Racc., 1987, p. 3986, punto 13. Cfr. altresì sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (Pretore di Salò c. X), in Racc., 1986, p. 2570, punti 18-20; sent. 26 settembre 1996, causa 168195 (Arcaro), in Racc., 1996, p. 4729, punto 36. Sul punto cfr., da ultimo e per tutti, RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, Padova, 1996, p. 128.

(7) Cfr., *amplius,* BARAV, La plénitude de *compétence* du *juge* national en sa qualité de *juge communautaire,* in *L'Europe* et le droit. Mélanges en *hommage à* J. Boulouis, Paris, 1991, p. 8. Cfr., altresì, DANNECKER, Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* cit., p. 64; HUGGER, *Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung* deutscher Strafvorschriften, in *NStZ,* 1993, p. 423; ZULEEG, Der *Beitrag* des Strafrechts *zur* Europaischen Integration, in Europaische *Einigung* und Europaisches Strafrecht, a cura di U. Sieber, Koln-Berlin-Bonn-Munchen, 1993, p. 41 ss.

inibita al giudice interno ([8]). Resta comunque il fatto che non sempre la prassi interpretativa si rivela pienamente rispettosa dei principi generali, e segnatamente del principio di stretta legalità; chè, anzi, è nota la tendenza di una parte della magistratura a leggere in modo assai «libero» la fattispecie penale nei casi in cui tale forma di lettura sia ritenuta necessaria per colpire comportamenti gravemente dannosi alla società. In questo senso, la creazione da parte della Comunità europea di nuovi precetti, privi di adeguata tutela da parte sia del diritto comunitario sia del diritto nazionale, potrebbe verosimilmente indurre il giudice interno a porre in essere forme di interpretazione non solo estensiva, ma addirittura a contenuto sostanzialmente «additivo». In effetti, un'indagine condotta sulla giurisprudenza penale italiana limitatamente al settore agroalimentare rivela il manifestarsi di fenomeni interpretativi quantomeno discutibili, occasionati proprio dall'esistenza di norme di fonte comunitaria spesso in rapida evoluzione e rispetto alle quali la legislazione interna non riesce ad adeguarsi in tempi sufficientemente rapidi. Così, ad esempio, già alla fine degli anni '60, in una celebre sentenza concernente una frode comunitaria in tema di burro, la Corte di cassazione ha assimilato il diritto di prelievo comunitario al dazio d'importazione ai fini della configurazione del reato di contrabbando, in modo da non lasciar privi di tutela beni/interessi di rilievo comunitario ([9]). Sembra quindi legittimo concludere su questo punto ribadendo che la tendenza a presumere la conformità della legge interna alla normativa comunitaria, ed in particolare a presumere l'esistenza di norme punitive nazionali capaci di imporre il rispetto dei precetti comunitari, potrebbe spingere (e, di fatto, talora ha spinto) il giudice interno a forzature interpretative in contrasto col principio di legalità. Forzature motivate anche dalla volontà di non esporre lo Stato ad una condanna da parte della Corte di giustizia per violazione del principio di fedeltà comunitaria, sancito dall'art. 5 Tr. CE ([10]).

3. – Esaurito così, con queste poche annotazioni, l'esame dell'incidenza interpretativa del diritto comunitario sul diritto penale agroalirnentare,

---

([8]) Cfr. sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95 (Procedimenti penali c. X), cit. (cfr., *supra,* sub nota 4), p. 126, secondo la quale «il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge»'(punto 25).

([9]) Sent. 13 ottobre 1969, in Foro it., 1970, II, c. 57.

([10]) In particolare, in base all'art. 5, comma primo, Tr. CE «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato owero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti». Ovviamente, tra tali misure vanno ricomprese anche quelle a contenuto sanzionatorio introdotte negli Stati per garantire l'effettività del diritto comunitario. In argomento cfr. *infra,* sub par. 8.

conviene ora soffermarsi un po' più a lungo *sull'incidenza integmtrice* del primo sul secondo; incidenza la quale, come detto, si realizza quando norme di fonte comunitaria concorrono a delineare il precetto penale a carattere agroalimentare (11). Al riguardo, è opportuno distinguere a seconda che l'integrazione della fattispecie penale ad opera del diritto comunitario si attui nell'ambito degli *elementi normativi* della fattispecie stessa (cioè degli elementi il cui significato «tecnico» può essere colto solo attraverso la lettura di altre norme, giuridiche o sociali, che ne precisano il contenuto) (12), ovvero nell'ambito della cosiddetta *tecnica del rinvio* (cioè della tecnica legislativa che si riscontra quando, per l'individuazione del precetto violato, la norma punitiva rinvia in tutto o in parte ad altra disposizione contenuta in un diverso atto normativo) (13).

Per quanto concerne l'integrazione della fattispecie attraverso i suoi elementi nomativi, merita di essere ricordato come la legislazione italiana in materia agroalimentare faccia un largo uso di elementi normativi alla cui determinazione concorrono, in maggiore o minore misura, disposizioni di fonte comunitaria. Ad esempio, un elemento normativo tra i tanti fortemente condizionato dal diritto comunitario è quello della c.d. «genuinità normativa», in base al quale si fa riferimento alla conformità del prodotto rispetto ai requisiti essenziali fissati dalle norme speciali relative alla com-

---

(11) In questa sede, si fa esclusivo riferimento all'integrazione quoad factum e non a quella quoad poenam. E, invero, questo secondo tipo di integrazione (rectius, di rinvio) — che si realizza come noto quando la pena edittale applicabile in caso di violazione della norma penale non è esplicitamente indicata in quest'ultima, ma in un'altra norma da essa richiamata — non potrà verosimilmente mai avvenire, in sede penale, ad opera di una norma comunitaria. Ciò in quanto, come si avrà modo di precisare in seguito, le norme di fonte comunitaria non possono prevedere direttamente sanzioni a carattere criminale.

(12) Si pensi, ad esempio, all'elemento normativo «tesoro»previsto all'art. 647 c.p., la cui definizione è contenuta all'art. 932 c.c. Per eventuali approfondimenti sul tema degli elementi normativi cfr., tra gli altri, BRICOLA, Limite esegetico, elementi *normativi* e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni, in Riv. it. dir. proc. pen., 1960, p. 764 ss.; GIUNTA, *Illiceità* e *colpevolezza* nella responsabilità *colposa,* I – La *fattispe*cie, Padova, 1993, p. 253 ss.; PAGLIARO, Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali, in *Tommaso* Natale, 1977 (Studi in memoria di *Girolamo* Bellavista), p. 374 ss.; PALAZZO, L'errore sulla legge *extrapenale,* Milano, 1974, p. 16 ss.; PULITANO', L'errore di diritto nella teoria del reato, Milano, 1976, p. 214 ss.; RUGGIERO, Gli elementi *normativi* della fattispecie penale. I, Lineamenti generali, Napoli, 1965.

(13) In merito alla tecnica del rinvio cfr., in generale e per tutti, AMATO, Rapporti tra *norme* primarie e secondarie, Milano, 1962, p. 149 ss.; BERNASCONI, *L'influenza* del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, in Indice pen., 1996, p. 460 ss,, e bibliografia ivi riportata; FOIS, Rinvio, recezione e riserva di legge, in Giur. cost., 1966, p. 574 ss.; PALAZZO, Tecnica legislativa e *formulazione* della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, in Cass. pen., 1987, in particolare p. 243 ss.; VICICONTE, Riserva di *legge* in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi, in Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni, a cura di E. Dolcini, T. Padovani e F. Palazzo, Milano, 1994, p. 58 ss.

posizione del prodotto stesso (14). Ora è evidente che, laddove i regolamenti comunitari modifichino le regole di composizione del prodotto (15), essi riplasmano di riflesso l'elemento normativo «genuinità». Tutto ciò finisce con l'incidere, ad esempio, sull'applicabilità del delitto di «Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine», previsto dall'art. 516 c.p. Per vero, si ritiene tradizionalmente che tale forma di eterointegrazione della fattispecie penale non ponga grandi problemi sotto il profilo della riserva di legge, nemmeno nel caso in cui le qualificazioni normative operino sulla base di norme integratrici successive alla fattispecie in questione (16). Senonchè, questo è il punto, il ricorso ad elementi normativi, pur consentendo spesso alla fattispecie penale di elevare il suo complessivo tasso di determinatezza (17), non si rivela privo di conseguenze negative

(14) Per contro, il termine «genuinità» dovrà essere considerato un elemento naturalistico (c.d. «genuinità naturale)))nel caso in cui esso si fondi su parametri per così dire maturali)), in quanto non specificati da apposite norme ma lasciati alla valutazione discrezionale del giudice. Così, ad esempio, in relazione ad un dato prodotto la genuinità sarà naturale nel caso in cui essa debba essere valutata dal giudice sulla base non già di specifiche norme, bensì appunto sulla base del parametro costituito dalla composizione «naturale» del prodotto stesso, cioè della composizione riscontrata in natura ovvero quale risulta attraverso la lavorazione di ingredienti forniti dalla natura.

(15) Si pensi ad esempio al pane, la cui genuinità risulta vincolata non solo ai parametri dettati dalla l. 4 luglio 1967 n. 580, ma anche a quelli previsti dal regolamento CEE n. 1492 del 1971.

(16) Sul punto cfr., in generale e per tutti, PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, Milano, 1996, pp. 56-57, e bibliografia ivi riportata. Lo stesso a., tuttavia (cfr. ivi, pp. 66-67; nonché, più esplicitamente, Testo e interpretazione delle leggi penali, in Testo e diritto, Ars interpretandi, 1997, n. 2, pp. 161-162) individua taluni casi-limite, in relazione ai quali il ricorso ad elementi normativi si porrebbe in tensione col principio di legalità.

(17) Peraltro, non mancano casi in cui la norma integratrice dell'elemento normativo, in quanto essa stessa carente di determinatezza, non offre nessun positivo apporto nella prospettiva della chiarezza e precisione del precetto. Sotto questo profilo, merita forse di essere osservato che la natura comunitaria della norma integratrice non esclude certo il rischio di una possibile indeterminatezza di quest'ultima, a causa delle non infrequenti ambiguità riscontrabili nelle fonti comunitarie (in argomento cfr., in particolare, BOULOUIS, Quelques *réflexions à* propos du langage *juridique* communautaire, in Droits, 1991, n. 14, p. 97 ss.; WOODLAND, Spécificité et ambiguités du langage du droit communautaire, in Le langage du droit, Bruxelles, 1991, p. 87 ss.). Anche se, per vero, a partire dall'inizio degli anni '90, gli organi dell'Unione europea hanno progressivamente preso coscienza della necessità di migliorare la chiarezza e precisione dei testi giuridici da essi emanati (cfr. Consiglio europeo di Edimburgo, Conclusioni sulla trasparenza e *sull'attuazione* della dichiarazione di *Birmingham* (12 dicembre 1992), in Rev. trim. dr. eur., 1994, p. 144; Consiglio CE, Risoluzione relativa alla qualità redazionale della legislazione comunitaria dell'8 giugno 1993), ivi, p. 146; Accordo interistituzionale sulla democrazia, la trasparenza e la sussidiarietà, ivi, p. 147 ss. (i testi sono nella versione francese). Sul principio comunitario di certezza del diritto e sui suoi sviluppi nella giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., in particolare, MARINELLI, I principi generali del diritto comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 972 ss.).

nella prospettiva della «evidenza» — cioè della immediata conoscibilità — dell'ambito applicativo della fattispecie penale. «Evidenza»/conoscibilità che risulta particolarmente compromessa sia quando la suddetta norma extrapenale venga frequentemente modificata, sia quando essa risulti materialmente di difficile accesso, in quanto ad esempio il relativo testo sia rinvenibile solo in poche biblioteche specializzate (18). In proposito, si potrebbe allora essere indotti a ritenere che l'eventuale natura comunitaria della disposizione cui l'elemento normativo rinvia possa aggravare ulteriormente il problema della individuazione dei contenuti dell'elemento in questione, a causa vuoi della estrema variabilità di interi settori della legislazione tecnica di matrice europea, vuoi della (presunta?) difficile accessibilità dei testi comunitari (19).

Tuttavia, bisogna riconoscere che in questi ultimi anni la Comunità si è indubbiamente attivata per consolidare e «codificare»i testi CE soggetti a più frequenti modifiche (20) e per favorire la complessiva accessibilità delle

---

(18) Sul vasto tema dell'accessibilità dell'informazione giuridica cfr., in generale e per tutti, AINIS, Dalla produzione alla diffusione della regola: la conoscenza delle fonti *normative* tra vecchi equivoci e nuovi modelli, in Foro it., V, 1987, p. 404 ss.; BORRUSO, Computer e diritto, Milano, 1988; *L'informatica* giuridica ed il CED della Corte di Cassazione, Milano, 1992; MATTIOLI, *L'informatica* per il giurista. guida alle banche dati giuridiche, Perugia, 1993; PIZZORUSSO, La pubblicazione degli atti normativi, Milano, 1963; SCHÄFFER, Per una legislazione vicina al cittadino. Le vie per una legge migliore, in Nomos, 1996, n. 1, in particolare p. 21 ss.; SIMITIS, Crisi *dell*'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati, Milano, 1977; STRANO, La nuova disciplina della pubblicazione delle leggi e degli atti *normativi* nella Raccolta e *nella* Gazzetta *Ufficiale,* in Riv. trim. dir. pubbl., 1985, p. 178 ss.

(19) Sul problema della diffusione e conoscibilità delle fonti comunitarie cfr., per tutti, BRECCIA, Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive, in Studi in onore di R. Sacco, cit, p. 130 ss., e bibliografia ivi riportata; MATHIEU, *L'Union* européenne, Paris, 1994, p. 30; TIZZANO, Brevi note *sulla* «conoscenza»del diritto comunitario, in Foro it., 1988, IV, c. 114 ss.

(20) Cfr. già la Risoluzione del Consiglio relativa alla codificazione dei suoi atti giuridici del 26 novembre 1974, in GUCE, C20 del 28 gennaio 1975, p. 1. In argomento cfr., ad esempio, GARCIA AMIGO, Rapport sur la simplification, la *transparence* et la codification du droit communautaire, 28.4.1989, DOC PE A2 152/89.

Sulle due diverse forme di «codificazione» degli atti obbligatori comunitari (denominate rispettivamente «codificazione costitutiva» e «codificazione declaratoria») elaborate verso la metà degli anni Settanta dalla Commissione su impulso del Consiglio cfr., per tutti, LAURIA, *Manuale* di diritto delle Comunità europee, Torino, 1996, p. 208 ss. Da ultimo, per un ricorso più rapido e strutturato alla *consolidazione* ufficiosa (consistente nella semplice raccolta formale, al di fuori di ogni procedimento legislativo, degli sparsi frammenti di legislazione comunitaria relativi ad un dato tema) ed alla codificazione ufficiale (consistente nell'adozione di un nuovo atto comunitario, con conseguente abrogazione di tutti gli atti precedenti in materia) cfr. Consiglio europeo di Edimburgo, Conclusioni sulla trasparenza, cit., p. 145

norme comunitarie secondarie([21]). A ciò si aggiunga che gli operatori giuridici e commerciali degli Stati membri hanno preso progressivamente coscienza dell'importanza delle fonti comunitarie, e che lo stesso sistema italiano di pubblicità legale (si pensi, innanzitutto, alla Gazzetta Ufficiale) tende a dare maggior risalto alla legislazione europea. Per tutte queste ragioni sembra allora possibile concludere affermando che, sotto il profilo della accessibilità dei contenuti propri dell'elemento normativo, non dovrebbero oggi sussistere più differenze di rilievo nel caso in cui l'implementazione dell'elemento in oggetto si realizzi ad opera di norme di origine comunitaria anziché interna.

4. – Per quanto concerne l'integrazione della fattispecie penale attraverso la tecnica del rinvio, occorre sottolineare come tale tecnica, già di per sé assai utilizzata nei settori dell'ordinamento che presuppongono norme di comportamento specialistiche e dettagliate, diviene pressoché necessaria ove le norme in questione siano contenute in un regolamento comunitario.

Da un lato infatti, a causa della ben nota carenza di competenza penale delle Comunità ([22]), la sanzione penale non può essere contenuta nel testo

([21]) Cfr., in particolare, Consiglio CE, Risoluzione del 13 novembre 1991, in GUCE, C308; Consiglio europeo di Edimburgo, Conclusioni sulla trasparenza, cit., p. 143; cfr. altresì, da ultimo, Consiglio CE, Risoluzione relativa alla diffusione elettronica del diritto comunitario e dei diritti nazionali di esecuzione ed alle condizioni di accesso del 20 giugno 1994, in GUCE, C179 del 1° luglio 1994, p. 3.

([22]) In questo senso cfr., all'interno di una letteratura molto vasta, DANNECKER, *Armonizzazione del* diritto penale *all'interno* della Comunità europea, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1994, p. 961 e bibliografia ivi riportata; ID., Strafrecht der Europaischen *Gemeinschaft,* cit., p. 40 ss.; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989, p. 41 ss.; ID., Le prospettive di *formazione* di un diritto penale *dell'Unione* europea, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1995, par. 2; PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, L'influenza del diritto europeo sul *diritto* italiano, Milano, 1982, p. 612; SIEBER, Unificazione europea e diritto penale europeo, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1991, p. 976; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984 p. 5 ss.; VOGEL, Wege *zu europ*aisch-einheitlichen Regelungen *im Allgemeinen Teil* des Strafrechts, cit., p. 332. Peraltro, anche in questi ultimi anni, una parte della dottrina tende con accenti più o meno decisi ad attribuire alla Comunità europea competenza penale. Cfr. HAGUENAU, Sanctions pénales destinées à assurer le respect *du* droit *communautaire,* in Rev. Marché com. Un. eur., 1993, p. 259 ss.; ID., *L'application effective* du droit *communautaire* en droit interne, Bruxelles, 1995, p. 151 ss.; LENSING, The *Federal*ization of Europe: Towards a *Federal System* of *Criminal* Justice, in *European Journal* of *Crime, Criminal* Law and *Criminal* Justice, 1993, p. 229; MASSÉ, *Souveraineté* pénale et *modèles* d'*intégration* dans *l'Europe* de *l'ouest,* in Souveraineté et *intégration,* Montréal, 1993, p. 47 ss. e 65 ss.; RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, cit., *passim;* TASCHNER, *L'étendue* de la protection des *intérêts* financiers de la *Communauté:* sanctions pénales et *administratives — evolution* possible du droit *communautaire,* in La protection juridique des *intérêts* financiers de la *Communauté,* Bruxelles- Luxembourg, 1990, p. 211 ss.

comunitario; mentre dall'altro lato — come ribadito a più riprese dalla Corte di giustizia — il precetto comunitario non può essere trasposto in una fonte interna, nemmeno in forza di una trascrizione rigorosamente letterale che garantisca la fedeltà del testo «nazionalizzato» alla norma europea ([23]). Infatti, in caso di sua nazionalizzazione, il precetto rischierebbe di venir sottratto all'interpretazione centralizzata della Corte di giustizia (art. 177 Tr. CE), ed inoltre da un lato non si adeguerebbe automaticamente agli eventuali interventi modificativi o sostitutivi di fonte comunitaria, dall'altro lato risulterebbe esposto ad analoghi interventi ad opera di leggi nazionali successive. In sostanza quindi — salvo ipotesi particolari che in questa sede non appare possibile richiamare — per sanzionare penalmente le violazioni dei precetti contenuti nei regolamenti comunitari deve tendenzialmente farsi ricorso alla tecnica del rinvio.

Ora, è noto che in ambito penale la tecnica del rinvio comporta complessi problemi sotto il profilo della legalità ([24]). Al riguardo, senza peraltro avere la pretesa di scendere nei dettagli, può essere opportuno distinguere

---

([23]) Cfr., ad esempio, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69 (Bollmann), in Racc., 1970, p. 69; sent. 18 giugno 1970, causa 74/69 (Krohn), in Racc., 1970, p. 451; sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71 (Politi), in Racc., 1971, p. 1039; sent. 10 ottobre 1973, causa 34/73 (Variola), in Racc., 1973, p. 981; sent. 31 gennaio 1978, causa 94/77 (Zerbone), in Racc., 1978, p. 99 ss. In senso conforme cfr., nella giurisprudenza costituzionale italiana, la sentenza 183/1973, che dal principio della diretta applicabilità dei regolamenti comunitari deduce «il divieto della loro riproduzione legislativa interna, la quale, misconoscendo la qualità tipica dei regolamenti, comporterebbe a carico delle fonti riproduttive la violazione di basilari disposizioni comunitarie, quali quelle di cui agli artt 189...e 177...» SORRENTINO, La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea, in Quaderni cost., 1993, p. 75. Sul punto cfr. altresì, per tutti, BERNASCONI, *L'influenza* del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie *penale,* cit., par. 2, p. 5 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione; BERNARDI, La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare, in Cass. pen., 1996, p. 997; ID., *Codificazione* penale e diritto comunitario, cit., p. 169-170, e bibliografia ivi riportata alla nota 2; PALAZZO, voce Legge penale, in *Dig.* disc. pen., vol. VII, 1993, p. 351; PEDRAZZI, Droit communautaire et droit pénal des Etats membres, in Droit communautaire et droit *pénal,* Milano, 1981, p. 51 ss.; TRAPANI, voce Legge penale. I) Fonti, in Enc. *giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990, p. 11. Contra, in senso favorevole all'ammissione della riproduzione del precetto comunitario nel caso in cui quest'ultima, «senza negare che il diritto comunitario operi secondo le proprie prerogative, sia dovuta soltanto all'impiego di canoni di chiarezza e immediatezza consoni alla buona tecnica di formulazione della norma penale, e rimanga perciò funzionale esclusivamente alla tutela dei beni comunitari» cfr. RIONDATO, Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale *(«influenza»,* poteri del giudice penale, questione pregiudiziaie ex art. 177 *T.CE,* questioni di costituzionalità), in corso di pubblicazione su Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, par. 3.4., p. 32 delle bozze.

([24]) Per un'analisi di tali problemi cfr., in particolare, PALAZZO, Tecnica legislativa e *formulazione* della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, cit., p. 243 ss., e bibliografia ivi riportata.

a seconda che la norma sanzionatoria rinvii ad una disposizione di futura emanazione (c.d. norma penale in bianco preventiva)([25]) ovvero ad una disposizione già esistente (c.d. norma penale in bianco successiva)([26]).

a) Per quanto concerne il ricorso alla tecnica del rinvio a disposizione di futura emanazione, il problema della eventuale violazione del principio di legalità penale, nel caso in cui la norma futura alla quale si rinvia non sia di fonte legislativa, viene risolto in modo diverso dai singoli Stati della Comunità, a seconda dei profili assunti all'interno di essi dal principio in questione. Laddove il principio di legalità sia inteso meno rigorosamente (come accade anche in taluni Paesi di *civil law,* quali ad esempio la Francia) si tende ad ammettere con grande larghezza il rinvio a norme regolamentari future (interne o comunitarie) ed a limitare all'estremo la relativa «cornice» legislativa. Un esempio eclatante al riguardo è offerto dall'art. L214-3 del *Code de la consommation* francese del 1993, che si configura come una gigantesca norma penale in bianco volta a colpire un numero potenzialmente illimitato di illeciti eterogenei in materia agroalimentare previsti nei regolamenti comunitari di futura emanazione. In Italia, dove il principio di legalità/riserva di legge in materia penale è (o quanto meno dovrebbe essere) interpretato in modo assai più rigoroso, rinvii così generici non sarebbero verosimilmente consentiti ([27]).

E tuttavia, come si avrà modo di verificare nel prosieguo della trattazione, non per questo viene meno l'esigenza pratica di varare norme penali destinate ad essere precisate ed integrate da atti normativi extralegislativi

---

([25]) Norma la quale, pur costituendo sempre espressione della tecnica del rinvio, presenta una propria autonomia, in quanto risulta condizionata nella sua operatività alla creazione — in un secondo momento — di norme con funzione integratrice.

([26]) Norma la quale, viceversa, si caratterizza per una immediata operatività, stante la possibilità di ricostruire «da subito» il precetto attraverso le norme che lo integrano. Sul punto cfr., in particolare, BERNASCONI, L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, cit., p. 462, e bibliografia ivi riportata.

([27]) Peraltro, a parziale smentita di quanto appena detto, cfr. il disegno di legge approvato dal Senato il 3 giugno 1997 «Disposizioni per l'adeguamento di obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — legge comunitaria 1995-1997». Infatti il primo comma del relativo art. 8 «Delega al Governo per *la* disciplina sanzionatoria di violazioni di disposizioni comunitarie» prevede che: «Al fine di assicurare la piena integrazione delle norme comunitarie nell'ordinamento nazionale, il Governo, fatte salve le norme penali vigenti, è delegato ad emanare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per le violazioni di direttive delle Comunità europee attuate in via regolamentare o amministrativa ai sensi della legge 22 febbraio 1994, n. 146, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, nonchè della presente legge e per le violazioni di regolamenti comunitari vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge».

di futura emanazione. La legittimità di tali forme di rinvio è però subordinata, nel nostro ordinamento, al fatto che la legge determini i presupposti, il contenuto e i limiti dei suddetti atti normativi, cosicché questi ultimi costituiscano la naturale continuazione di una disciplina già tratteggiata dalla legge. Ma è facile comprendere come risulti problematico per una legge nazionale «canalizzare» i contenuti dei regolamenti comunitari di futura emanazione, dato che questi ultimi, diversamente dai regolamenti nazionali, non sono gerarchicamente subordinati alle fonti parlamentari interne ([28]).

In questo senso, il problema del rinvio a fonti regolamentari comunitarie a contenuto agroalimentare non sembra pienamente risolto neppure dalla legge tedesca sugli alimenti del **1974** ([29]), la quale peraltro costituisce con ogni probabilità, il miglior modello normativo esistente in materia. Infatti, nonostante che in tale legge non manchino specifiche disposizioni di adattamento alla normativa comunitaria ([30]), i limiti formali e sostanziali da essa fissati in relazione alla tecnica del rinvio a norme regolamentari ([31]) risultano di fatto «inesigibili» ove le norme in questione siano di fonte comunitaria.

([28]) Infatti, come noto, la Comunità è tendenzialmente libera di determinare, entro i limiti delle proprie competenze, le regole di comportamente cui i cittadini comunitari sono assoggettati e rispetto alle quali gli Stati hanno il dovere di predisporre adeguati strumenti sanzionatori. In questo senso, sembra possibile affermare che in ambito comunitario si verifica un capovolgimento dei «rapporti di forza» solitamente esistenti tra norma sanzionatoria rinviante e norma extralegislativa rinviata; capovolgimento nell'ambito del quale la norma penale interna risulta privata di ogni potere di «contenimento» del precetto comunitario cui si rinvia, e ricondotta alla sua (originaria?) funzione «meramente sanzionatoria» di comandi posti da altri rami del diritto. Per una analisi della problematica relativa alla distinzione tra le norme (primarie) di condotta e le norme (secondarie) volte a disciplinare le conseguenze della violazione delle norme primarie cfr., in generale, BOBBIO, Teoria della *norma* giuridica, Torino, 1958, p. 186 ss.; ID., *Nouvelles réflexions* sur Zes *normes primaires* et secondaires, in La *règle* de droit, a cura di Ch. Perelman, Bruxelles, 1971, p. 104 ss.; GAVAZZI, *Norme* primarie e *norme* secondarie, Torino, 1967.

([29]) *Lebensmittel-* und Bedarfsgegenstandegesetz – LMGB *1974.*

([30]) Cfr. in particolare il § 38a in base al quale «i regolamenti emanati ai sensi della presente legge possono anche avere lo scopo di armonizzare l'ordinamento giuridico e l'azione della pubblica amministrazione a quelli degli Stati membri della Comunità europea, quando ciò sia necessario a fini d'attuazione di provvedimenti normativi degli organi comunitari, che riguardino la materia disciplinata dalla presente legge».

([31]) Al fine di rispettare il principio della riserva di legge, nella legge tedesca sugli alimenti del 1974 l'applicabilità della sanzione criminale (ma anche amministrativa) in relazione alle violazioni delle norme contenute nei regolamenti sottostà a tre distinte condizioni: a) i regolamenti devono essere emanati in base ai presupposti legittimanti contemplati dalle norme della legge alimentare, b) le condotte punibili devono essere espressamente individuate dai regolamenti stessi, all'interno delle possibili violazioni alle disposizioni contenute nei suddetti regolamenti; *c*) i regolamenti devono fare espresso rinvio alla norma di legge che stabilisce la sanzione applicabile in caso di violazione del divieto.

b) Per quanto concerne il ricorso alla tecnica del rinvio a norme extralegislative già esistenti, non può negarsi che tale forma di rinvio risulta un po' meno problematica in relazione al principio della riserva di legge (32), quantomeno nel caso in cui si adotti un rinvio di tipo «rigido»(c.d. rinvio ricettizio) (33) e non un rinvio di tipo «elastico» (c.d. rinvio formale) (34). In effetti, il ricorso alla tecnica del rinvio elastico comporterebbe il perenne rischio che alle modifiche delle disposizioni comunitarie richiamate conseguano significative trasformazioni del precetto penalmente sanzionato. Al riguardo, è anzi possibile affermare che, sotto il profilo del principio della riserva di legge, nell'ambito del rinvio formale la distinzione tra rinvio a norma di futura emanazione e il rinvio a norma preesistente tende a evaporare, dato che in entrambi i casi al legislatore è sottratto il pieno controllo dei profili in futuro assunti dal precetto.

Sotto un diverso profilo, la tecnica del rinvio a norme regolamentari preesistenti di fonte comunitaria potrebbe aggravare ulteriormente i già delicati problemi in ordine all'interpretazione del precetto penalmente sanzionato (35). Infatti, a prescindere dalla sopra ricordata eventuale carenza di chiarezza e precisione di tali norme regolamentari (36), non va dimenticato

---

(32) Ciò in quanto, in questo caso, il legislatore conosce già il contenuto delle norme extralegislative integratrici. Del resto, la legittimità di un rinvio a fonti comunitarie da parte della fattispecie penale è stata autorevolmente affermata anche nell'ambito di sistemi giuridici particolarmente sensibili al principio della riserva di legge. Cfr., in particolare, la celebre sentenza pronunciata in proposito dal Tribunale costituzionale federale di Germania nel 1983 (in *NJW,* 1983, p. 1258 ss.),

(33) Che si ha, come noto, nel caso in cui la norma rinviante faccia riferimento solo alla norma esplicitamente richiamata, cristallizzandone così il contenuto precettivo. Cfr., tra gli altri, BERNASCONI, *L'influenza* del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, cit., p. 464 ss; PALAZZO, Tecnica legislativa e *formulazione* della *fattispecie* penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, cit., p. 244; VICICONTE, Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi, cit., p. 58 ss.

(34) Che si ha, come noto, nel caso in cui la norma penale rinviante faccia riferimento alla disciplina contenuta sia nell'atto normativo richiamato sia nelle sue successive modificazioni, con conseguente adeguamento automatico dei contenuti precettivi della fattispecie penale alle norme extralegislative integratrici succedentisi nel tempo.

(35) Problemi dovuti innanzitutto al fatto che taluni elementi rientranti in forza del rinvio nella fattispecie penale tenderebbero verosimilmente a dover essere individuati non già sulla base del significato da essi assunto in ambito penale, bensì sulla base del significato assunto all'interno del ramo del diritto proprio del testo extralegislativo richiamato, Cfr., mutatis mutandis, PALAZZO, Tecnica *legislativa* e *formulazione* della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, cit., p. 236.

(36) Cfr. supra, sub par. 3, nota 17. In particolare, la carenza di determinatezza del precetto extrapenale di fonte comunitaria potrebbe risultare in qualche misura dovuta al fatto che esso nasce pensato con riferimento ad una pluralità di ordinamenti nazionali, così da presentare un livello di ambiguità concettuale e terminologica maggiore di quello riscontrabile in un precetto «pensato» con specifico riferimento

che i testi comunitari non di rado presentano peculiari problemi interpretativi, rispetto ai quali né i giudici nazionali né a maggior ragione i soggetti destinatari della norma in questione appaiono adeguatamente attrezzati. Al riguardo, è noto come l'interpretazione delle disposizioni previste dalla normativa comunitaria secondaria spesso non si esaurisca nella loro analisi letterale, ma presupponga la piena conoscenza dei relativi riferimenti sistematici, delle finalità e financo dello «spirito» dei testi che le contengono; presupponga cioè, in sintesi, la conoscenza del complessivo quadro normativo in cui le disposizioni in oggetto si inseriscono e gli scopi che queste ultime tendono a realizzare ([37]). Sul punto, è appena il caso di sottolineare come il supporto offerto a livello interpretativo dalla Corte di giustizia ex art. 177 Tr. CE non possa dirsi da solo sufficiente, stante tra l'altro l'impossibilita per il singolo cittadino comunitario di adire la Corte stessa prima del processo penale e, a fortiori, prima della commissione del fatto.

Infine, non può essere taciuto che in ambito agroalimentare il ricorso alla tecnica del rinvio ricettizio a norme comunitarie appare fortemente controindicato in tutti i casi in cui le norme in questione tendano ad essere frequentemente modificate o sostituite da norme comunitarie successive a contenuto tecnico. In questo caso infatti, come si è avuto modo di precisare in precedenza, la norma penale rinviante non si presta a tutelare anche l'eventuale regolamentazione comunitaria successiva. Secondo una più rigoristica concezione, la norma sanzionatoria interna cesserebbe di operare anche nei confronti di quella parte della regolamentazione comunitaria sopravvenuta che ricalchi la preesistente regolamentazione (interna o comunitaria) cui la suddetta norma sanzionatoria faceva espressamente rinvio ([38]). Di qui, una sorta di perenne ritardo del legislatore penale nel costruire le norme punitive a tutela di precetti CE in rapida evoluzione.

5. – È giunto il momento di soffermarsi brevemente sull'*incidenza di*sapplicativa del diritto comunitario rispetto alle norme penali in materia agroalimentare. Incidenza che, quanto meno in linea di principio, risulta pressoché concordemente ammessa. Invero, eccezion fatta per pochissime

---

ad un dato sistema giuridico. Anche se, per vero, occorre riconoscere che la maggior parte degli atti comunitari dotati di efficacia diretta sono redatti in modo tale da limitare al massimo i dubbi dell'interprete, in particolare fornendo le definizioni «comunitarie» delle più significative espressioni utilizzate.

([37]) In argomento cfr., per tutti, MONACO, *L'interpretazione delle norme comunitarie,* in *Diritto comunitario,* a cura di E. Pennacchini, R. Monaco, L. Ferrari Bravo, coordinato da S. Puglisi, Torino, 1983, vol. I, p. 83 ss.; KUTSCHER, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice,* in *Dir. eur.,* 1976, p. 283 ss. e 1977, p. 3 ss.

([38]) Volendo cfr., anche per ulteriori precisazioni e per taluni riferimenti normativi e dottrinali, BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari,* in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti,* a cura di E. Rook Basile, Milano, 1992, p. 255 ss.

ed isolate voci dissidenti ([39]), è ormai pacifico il fatto che le norme comunitarie, in virtù della loro preminenza sul diritto interno in tutti i suoi diversi settori, possono comportare la disapplicazione totale o parziale delle norme interne, anche se penali, confliggenti con esse ([40]).

Ora, un esame della normativa penale e penal-amministrativa agroalimentare, nonché della giurisprudenza — interna e comunitaria — sorta attorno ad essa, rivela come anche in questo specifico settore dell'ordinamento gli effetti di disapplicazione prodotti dal diritto comunitario costituiscano non già mere ipotesi di scuola, bensì una realtà tutt'altro che infrequente. In particolare, una prima forma di disapplicazione della fattispecie interna sembra manifestarsi nel caso in cui in contrasto con il diritto comunitario risulti la pena comminata dal legislatore, a causa della sua inconciliabilità con taluni principi comunitari, ed in particolare coi principi di proporzione e di libera circolazione. Indicazioni in tal senso sono offerte, ad esempio, da una ormai datata sentenza della Corte di giustizia, pronunciata a seguito di domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Saluzzo ([41]). In tale decisione la Corte ha affermato che «l'eventuale inosservanza da parte dell'imprenditore dell'obbligo di dichiarare la provenienza originaria della merce non può dar luogo all'irrogazione di sanzioni eccessive, tenuto conto dell'indole puramente amministrativa dell'infrazione. .... Sotto questo aspetto è indubbiamente incompatibile con il Trattato, in quanto equivale ad un ostacolo alla libera circolazione delle merci, la confisca della merce o qualsiasi sanzione pecuniaria fissata in funzione del valore di questa.». In sostanza, secondo la Corte, ove rispetto ad una data violazione il diritto interno preveda necessariamente l'applicazione di sanzioni giudicate comunitariamente illegittime, la relativa fattispecie penale

---

([39]) Voci volte a intendere il principio della riserva assoluta di legge come preclusivo di qualsiasi forma di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale, e dunque anche della possibilità da parte delle fonti CE di comprimere l'ambito d'operatività delle fattispecie penali. Cfr., in questo senso, BERTOLINI, Il diritto comunitario ambientale e l'ordinamento nazionale, Difficoltà di integrazione e prospettive di sviluppo, in Tutela ambientale: diritto nazionale e principi *comunitari*. Quaderni *C.S.M*, 1990, n. 35, p. 74; PATRONO, Diritto penale *dell'impresa* e interessi umani fondamentali, Padova, 1993, p. 166 ss.

([40]) Cfr., ad esempio, BOULOC, *L'influence* du droit *communautaire* sur le droit pénal interne, in Droit pénal - Droit européen. Melanges *offerts à* G. Levasseur, Paris, 1992, p. 110 ss.; FRANCE, The *Influence* of European *Community* Law on the *Criminal* Law of the *Member* States, in European *Journal* of *Crime, Criminal* Law and *Criminal* Justice, 1994, p. 325 ss.; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 269 ss.; MANTOVANI, Diritto penale, Padova, 1992, p. 953; PEDRAZZI, Droit *communautaire* et droit pénal des États *membres*, cit., p. 57 ss.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 206 ss.; ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, vol. I, Milano, 1995, p. 34; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, in *Riv. trim.* dir. pen. econ., 1993, pp. 213-214.

([41]) Sent. 30 novembre 1977, causa 52/77 (Cayrol c. Rivoira), in Racc., 1977, p. 2279 ss., punti 37 e 38.

(o penal-amministrativa) dovrà essere «disapplicata» dal giudice nazionale (42). L'eventualità che una norma penale interna possa essere disapplicata per sproporzione «comunitaria» della pena edittale suscita, ovviamente, talune perplessità. Ma, per certi aspetti, perplessità ancora maggiori suscita l'ipotesi in cui l'illegittimità comunitaria della pena risulti essere solo parziale, in quanto, per esempio, solo una parte del compasso edittale (ovvero solo una delle pene communate in via alternativa dal legislatore) si ponga in contrasto coi principi comunitari. La problematicità di tale ipotesi deriva dal fatto che, come la Corte stessa ha riconosciuto, questa situazione tende a comportare non già una pura e semplice disapplicazione della fattispecie in questione, bensì un'artificiosa circoscrizione del potere discrezionale del giudice nei pressi del minimo edittale (ovvero nella scelta delle sanzioni alternativamente previste)(43). Ancorché nel caso qui considerato risulti pur sempre possibile addivenire all'irrogazione di una pena conforme al diritto interno e al diritto comunitario, appare allora evidente come tale compressione della scelta punitiva sia inevitabilmente destinata a stravolgere i consueti meccanismi di commisurazione della pena, in particolare impedendo che il differente disvalore dei fatti riconducibili all'interno della stessa fattispecie astratta possa riflettersi in quelle forme di differenziazione della pena in concreto ottenibili dal giudice solo sfruttando nella sua interezza la disciplina sanzionatoria prevista *ab origine* dal legislatore in relazione ad ogni singola figura di reato.

6. – Più frequenti, ma talora altrettanto problematici, si rivelano i casi di disapplicazione della norma penale interna per illegittimità comunitaria del precetto o delle norme extrapenali che lo integrano. Casi di questo tipo si sono avuti, ad esempio, con riferimento alle fattispecie volte a tutelare un regime nazionale di controllo dei prezzi rivelatosi incompatibile con un regolamento comunitario istitutivo di una organizzazione comune di mercato poggiante su un regime comune di prezzi (44).

Più in generale, ogni volta che la normativa comunitaria determini l'insorgere di una causa di giustificazione in relazione ad un fatto astrattamen-

---

(42) Rectius, «non applicata)),secondo la puntualizzazione terminologica operata dalla Corte costituzionale, in particolare, nella sentenza 18 aprile 1991, n. 168 in *Giur.* cost., 1991, p. 1409 ss., punto 4 della motivazione in diritto, con osservazione di SORRENTINO, Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili (p. 1418 ss.).

(43) CF. Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1977, causa 8/77 (Sagulo), in Racc., 1977, p. 1507: "Qualorauno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie...".

(44) Cfr., in particolare, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 275, con puntuali riferimenti giurisprudenziali; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 270 ss.

te previsto come reato, o comunque risulti in conflitto con una determinata fattispecie ovvero con la normativa cui quest'ultima rinvia, l'applicabilità della fattispecie in questione verrà paralizzata. Al riguardo, occorre precisare che le difficoltà sovente connesse a tali ipotesi disapplicative non discendono affatto dal meccanismo della disapplicazione in quanto tale (il quale, come detto, è concordemente ammesso), ma piuttosto dalle possibili incertezze riscontrabili in sede di valutazione della compatibilità o meno tra normativa penale interna e normativa comunitaria.

Certamente, il settore agroalimentare è tra quelli in cui più frequentemente emergono dubbi di questo tipo. Talora, i dubbi in questione non cessano nemmeno dopo che la Corte di giustizia, *ex* art. 177 Tr. CE, abbia fornito la propria interpretazione della norma comunitaria rispetto alla quale la normativa nazionale si pone in posizione di sospetta incompatibilità. Infatti la Corte di giustizia, se da un lato *non deve* valutare essa stessa la legittimità comunitaria della normativa interna (45), dall'altro lato *nernrneno riesce sempre* ad offrire al giudice nazionale criteri interpretativi tali da consentire a quest'ultimo di effettuare con sufficiente consapevolezza la suddetta valutazione (46). Esempi lampanti di questo stato di cose sono offerti dalle pronunce della Corte di Lussemburgo relative ai casi Tasca (47) e Smanor (48) nelle quali il giudizio sulla legittimità della normativa sanzionatoria interna è stato fatto dipendere dalla sussistenza di elementi fattuali di assai difficile individuazione, ovvero è stato incentrato su criteri oltremodo elastici, se non addirittura inafferrabili (49).

---

(45) L'incompetenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria è infatti pacifica. Cfr., ad esempio, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 189. Anche se, per vero, sovente la Corte di giustizia fornisce risposte così articolate, da prendere di fatto posizione in merito alla controversia che il giudice nazionale è chiamato a risolvere, e pertanto da limitare grandemente il potere discrezionale di quest'ultimo . Cfr., ad esempio, all'interno di una ricca giurisprudenza, Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77 (Deckman), in Racc., 1978, p. 1571; ID., sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78 (Eggers), ivi, p. 1935; in dottrina cfr., per tutti, RASMUSSEN, La Corte di giustizia, in Trent'anni di diritto comunitario, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 183 ss.

(46) Al riguardo cfr., tra gli altri, PEDRAZZI, Droit *communautaire* et droit pénal des Etats *membres*, cit., p. 67 ss. Volendo cfr. altresì, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, BERNARDI, «Principi di diritto» e diritto penale europeo, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* - Scienze giuridiche, vol. II, 1988, p. 210.

(47) Sent. 26 febbraio 1976, causa 65/75 (Tasca), in Racc., 1976, p.291 ss.

(48) Sent. 14 luglio 1988, causa 298/87 (Smanor), in Racc., 1988, p. 4513, punto 25.

(49) Al riguardo cfr., in dottrina, CAPELLI, «*Yogourt* francese e pasta italiana» (due sentenze e una proposta di soluzione), in Dir. com. scambi *intern.*, 1988, p. 391 ss.; nonché, con specifico riferimento al problema della certezza penale sollevato da tali sentenze interpretative, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 276 ss., e bibliografia ivi riportata.

7. – Nel settore agroalimentare, una ipotesi di disapplicazione del precetto particolarmente interessante e problematica si verifica ove quest'ultimo contrasti col principio di libera circolazione dei prodotti (art. 30 Tr. CE), ai sensi del quale «sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente».

Come noto, in base all'interpretazione data a tale principio dalla Corte di giustizia([50]) devono considerarsi «misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione» le norme penali e penal-amministrative poste a presidio delle regolamentazioni tecniche nazionali in tema di singoli alimenti o categorie di alimenti, nel caso in cui tali regolamentazioni favoriscano i prodotti interni rispetto a quelli importati dagli altri Paesi CE([51]), in particolare inibendo la libera circolazione nel territorio dello Stato di prodotti realizzati sulla base delle differenti procedure tecniche previste nel Paese d'origine, ma comunque non rischiosi per la salute dei consumatori([52]).

Attraverso la disapplicazione, rispetto ai prodotti degli altri Paesi CE, delle norme penali e penal-amministrative funzionali alla salvaguardia del-

---

([50]) Si allude alla notissima giurisprudenza c.d. «Cassis de Dijon», apertasi con le sentt. 11 luglio 1974, causa C-8/74 (Dassonville), in Foro it., 1975, IV, c.15 e 20 febbraio 1979, causa 120/78 (Rewe-Cassis de Dijon), in Racc., 1979, p. 649. In argomento cfr. ad esempio, all'interno di una letteratura assai vasta, MATTERA, De *l'arrêt «Dassonville»* à *l' arrêt «Keck»: l'obscure* clarté dune jurisprudence riche en *principes* novateurs et en contradictions, in Revue *du* Marché *Unique* européen, 1994, n. 1, p. l 18; NOVI, Le misure di *effetto* equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente, in Giust. civ., 1995, II, p. 107 ss.; WAINWRIGHT-MELGAR, Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville à Keck et *Mithouad,* in Revue *du* Marché *commun* et de *l'Union* européenne, n. 381, 1994, p. 536.

([51]) Cfr., per tutti, RIZ, *Diritto* penale e diritto comunitario, cit., p. 236 ss., con puntuali riferimenti giurisprudenziali; CAPELLI, Libertà di circolazione delle merci nella CEE e legge tedesca di *purezza* della birva, in Dir. com. scambi *intern.,* 1987, p. 736 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

([52]) Va infatti sottolineato che, ai sensi dell'art. 36 Tr. CE, il principio di libera circolazione delle merci lascia «impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione ... giustificati da motivi di ... tutela della salute». Per un esame degli ulteriori motivi in presenza dei quali gli Stati possono derogare al principio di libera circolazione sancito dall'art. 30 Tr. CE cfr., oltre al testo integrale dell'art. 36 Tr. CE, la stessa giurisprudenza «Cassis de Dijon», le cui prime sentenze sono riportate *supra,* sub nota 50. Cfr., altresì, le sentt. 14 luglio 1981, causa C-155180, (Oebel), in Racc., 1981, p. 2006; 29 novembre 1983, causa C-181182, (Roussel), in Racc., 1983, p. 3849; 7 febbraio 1984, causa C-238/82, (Duphar), in Racc., 1984, p. 523; 7 febbraio 1985, causa C-240/83, (ADBHU), in Racc., 1985, p. 531; 11 luglio 1985, causa C-60 e 61/84, (Cinéthèque), in Racc., 1985, 2605; 23 novembre 1989, causa C-145/88, (Torfaen), in Racc., 1989, p. 3851; 28 febbraio 1991, causa C-322/89, (Marchandise), in Racc., 1991, p. 1027; 14 luglio 1994, , causa C-17/93 (van der Veldt), in Diritto penale e processo, p. 107, con nota di FLORA, BERNARDI, Principio di libera circolazione e *normativa* sulle etichette: riflessi penali. Cfr., infine, la Comunicazione della Commissione CE 18 ottobre 1991 in tema di prodotti alimentari aventi caratteristiche qualitative particolari (pubblicata in *GUCE,* n. C 270 del 15 ottobre 1991).

le regolamentazioni nazionali a carattere tecnico costituenti «misure di effetto equivalente», trova così realizzazione il principio del «mutuo riconoscimento))(53), in base al quale, in assenza di una disciplina unitaria o armonizzata a livello europeo, le diverse regole di produzione e di confezionamento previste nei singoli Paesi dell'Unione risultano equiparate alle regole dettate dalla normativa interna; e ciò anche nel caso in cui queste ultime siano notevolmente più severe e restrittive (54).

La sopra ricordata problematicità dei fenomeni disapplicativi connessi all'attuazione dei principi di libera circolazione e di mutuo riconoscimento deriva dalle discriminazioni che a tali fenomeni conseguono. Infatti, la commercializzazione sul suolo nazionale di prodotti non conformi alla regolamentazione interna a carattere tecnico sarà consentita, ex art. 30 Tr. CE, *solo* rispetto ai prodotti esteri (ove beninteso essi risultino in regola con la normativa del Paese comunitario d'origine) e non invece rispetto ai prodotti nazionali, per i quali resta applicabile la diversa (e in ipotesi più severa) disciplina interna con le relative norme penali e penal-amministrative.

In definitiva, il divieto comunitario di restrizioni quantitative all'importazione e di ogni misura d'effetto equivalente determina, nei confronti dei prodotti nazionali e dei relativi produttori, forme di discriminazione cosiddette «alla rovescia»(55), dato che rispetto a tali prodotti e soggetti non può essere utilmente invocato l'ombrello protettivo costituito dal combinato disposto dell'art. 30 Tr. CE e della normativa estera diversa (e in ipotesi più lassista); ombrello del quale possono per contro beneficiare i prodotti degli altri Stati membri e gli operatori coinvolti nella loro produzione e commercializzazione.

---

(53) In relazione al quale cfr., per tutti, MATTERA, *L'article* 30 du Traité CEE, *la jurisprudence «Cassis* de *Dijon»* et le principe de la reconnoissance *mutuelle,* in Revue du Marché *Unique* Européen, 1992, 4, p. 13 ss., *e* bibliografia ivi riportata *e* p. 67 ss.

(54) Cfr., in particolare, CAPELLI, La libera circolazione dei prodotti alimentari ne2 mercato unico europeo, in Dir. com. scambi *intern.,* 1993, p. 43.

(55) Sul problema delle discriminazioni alla rovescia cfr., per tutti, BISCHOFF, *Article* 7 - *Commentaire,* in Traité instituante *la* CEE. *Commentaire* article par *article,* a cura di V. Constantinesco, J. P. Jacqué, R. Kovar e D. Simon, Paris, 1992, pp. 64-65; CANNIZZARO, Esercizio di competenze comunitarie e *discriminazioni «a* rovescio)),in Dir. Un. Eur., 1996, p. 351 ss. e bibliografia ivi riportata alla nota 7; CAPELLI, E legittima *la «discriminazione alla rovescia»* imposta per tutelare *la* qualità della pasta alimentare italiana, in Dir. com. scambi *intern.,* 1994, p. 422; ID., La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo, in Dir. com. scambi intern., 1993, p. 7 ss.; LENAERTS. *L'égalité* de *traitement* en droit *communautaire:* un *principe* unique *aux* apparences *multiples,* in Cahiers dr. eur., 1991, p. 3 ss.; NOVI, Le misure di effetto equivalente nella giurisprudenza comunitaria recente, cit., p. 107 ss.

La caduta delle frontiere interne alla Comunità (che fino al 1992 filtravano l'accesso, nei singoli Stati dell'Unione, dei prodotti comunitari privi di una comune disciplina) ([56]), e più in generale l'ulteriore intensificarsi degli scambi intracomunitari, hanno favorito il moltiplicarsi degli episodi di discriminazione a danno degli operatori nazionali. Episodi, peraltro, già da tempo rilevati e il più delle volte giustificati dalla Corte di giustizia ([57]) sulla base di motivazioni a carattere essenzialmente economico: prima fra tutte quella secondo la quale la vigenza di una regolamentazione più restrittiva nei confronti dei soli operatori nazionali risulta idonea alla valorizzazione dei prodotti interni attraverso il mantenimento di un loro miglior *standard* qualitativo e di una loro conseguente posizione di primato agli occhi dei consumatori ([58]). Più in generale, per sostenere l'esclusione della rilevanza comunitaria delle discriminazioni alla rovescia, la Corte di giustizia ha sottolineato come gli Stati membri abbiano una competenza esclusiva nel disciplinare le situazioni «meramente interne» ([59]), e in particolare come il principio comunitario di non discriminazione (art. 6 Tr. CE) sia riferibile esclusivamente alle situazioni che si realizzano nell'ambito

---

([56]) Cfr. CAPELLI, La libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo, cit., p. 41 ss.; GALLIZIOLI, *Profili* generali della legislazione comunitaria del settore veterinario e dei prodotti alimentari in materia di controllo igienico-sanitario nel mercato interno, in Diritti fondamentali, qualità dei prodotti agricoli e tutela del consumatore, Atti delle VI Giornate camerti di diritto agrario comunitario, a cura di E. Capizzano, Camerino, 1992-1993, p. 399 ss.

([57]) Cfr., in particolare, sent. 7 febbraio 1979, causa 136178 (Auer), in Racc., 1979, p. 437; sent. 13 marzo 1979, causa 86/78 (Peureux), in Racc., 1979, p. 897; sent. 16 febbraio 1982, causa 204180, in Racc., 1982, p. 465 (Procureur de la République c. Guy Vedel e altri), sent. 14 dicembre 1982, cause riunite, 314-316181 e 83/82 (Waterkein), in Racc., 1982, pp. 4360-4361. Sentt. 14 luglio 1988, cause n. 407185 (Drei Glocken e Kritzinger) e n, 90/86 (Zoni), in Racc., 1988, pp. 4233 e 4285; sent. 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91 (Debus), in Racc., 1992, I, p. 3617.

([58]) Sent. 7 febbraio 1984, causa 237/82 (Jongeneel Kaas), in Racc., 1984, p. 483; sentt. 14 luglio 1988, cause 407185 e 90186, citt., p. 4282, punto 27 e p. 4307, punto 27. In dottrina cfr. CAPELLI, E legittima la «*discriminazione* alla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana, cit., p. 424; volendo BERNARDI, La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina *agroalimentare,* cit., p. 1007. Merita forse di essere sottolineato che la posizione assunta dai giudici di Lussemburgo in tema di discriminazioni alla rovescia risulta coerente con gli sviluppi dati da tale organo al principio di uguaglianza. Infatti, sull'onda dell'insegnamento dei sistemi costituzionali più evoluti, l'interpretazione «comunitaria» del principio in questione porta ad ammettere il trattamento differenziato di situazioni analoghe, qualora tale trattamento si fondi su giustificazioni obiettive, una delle quali può essere, per l'appunto, la valorizzazione a livello nazionale della qualità dei prodotti.

([59]) Ma, come sottolineato dagli stessi giudici di Lussemburgo (cfr. sentt. 28 marzo 1979, causa 175/78 (Saunders), in Racc., 1979, p. 1129 ss.; 28 giugno 1984, causa 180/83 (Moser), in *Racc.,* 1984, p. 2539 ss.; 18 ottobre 1990, cause 297188 e 197189 (Dzodzi), in Racc., 1990, p. 3763 ss.; 19 marzo 1992, causa 60/1991(Batista

d'applicazione del Trattato ([60]). L'ammissibilità sul piano comunitario delle «discriminazioni alla rovescia» (ammissibilità per vero posta in crisi — quantomeno nella sua assolutezza — da alcune sentenze della Corte di Lussemburgo ([61]) e da taluni recenti contributi dottrinali ([62])) lascia comunque aperto il problema della legittimità di tali discriminazioni sul piano interno. Problema, questo, rispetto al quale appaiono in astratto possibili le più diverse soluzioni, nessuna delle quali *a priori* incompatibile con la posizione assunta dai giudici di Lussemburgo ([63]).

La migliore conferma di come la questione delle «discriminazioni alla rovescia» possa a livello nazionale risultare esposta ai più diversi esiti viene offerta dall'esame della giurisprudenza francese. Infatti, investiti della questione, numerosi giudici transalpini ([64]) hanno preso posizione a favore della disapplicazione della legislazione nazionale più restrittiva nei confronti dei prodotti sia stranieri che nazionali, onde appunto evitare discriminazioni svantaggiose per i produttori nazionali; mentre altri giudici francesi ([65]), in relazione a casi in tutto e per tutto analoghi, hanno ritenuto che la disapplicazione dovesse restare circoscritta ai soli prodotti importati, con conseguente riconoscimento della legittimità di un trattamento differenzia-

---

Marais), in Racc., 1992, p. 2085 ss.; 16 giugno 1994, causa 132193 (Steen), in Racc., 1994, p. 2715 ss.), alla condizione della «mancanza di qualsiasi fattore di collegamento a una qualunque delle situazioni contemplate dal diritto comunitario». In argomento cfr., amplius e per tutti, BENEDETTELLI, Il giudizio di eguaglianza *nell'ordinamento* giuridico delle Comunità europee, Padova, 1989, p. 226 ss.; CANNIZZARO, Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «*a* rovescio», cit., p. 354 ss., con puntuali riferimenti giurisprudenziali.

([60]) Tuttavia, circa la tendenza della Corte di giustizia a considerare talora estensivamente il concetto di ambito d'applicazione del Trattato in relazione al principio comunitario di non discriminazione, cfr. sent. 20 ottobre 1993, cause riunite 92/92 e 326192 (Collins), in Foro it., 1994, IV, p. 316 ss., con nota di ROSSI, Principio di non discriminazione e diritti connessi al diritto d'autore.

([61]) In senso tendenzialmente contrario alla legittimità delle discriminazioni alla rovescia, sembrerebbero muoversi, in particolare, le sentenze 7 febbraio 1979, causa 115178 (Knoors), in Racc., 1979, p. 399 e 22 settembre 1983, causa 271/82 (Auer), in Racc., 1983, p. 2727 ss.

([62]) Cfr. CANNIZZARO, Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «*a* rovescio», cit., p. 360 ss.

([63]) In effetti, merita di essere sottolineato che la Corte di giustizia si è espressa a favore della facoltà, ma non *dell'obbligo* per gli Stati di mantenere vigenti nei confronti dei soggetti operanti sul territorio nazionale quelle norme interne più restrittive destinate ad essere disapplicate, ex art. 30 Tr. CE, nei confronti dei restanti cittadini comunitari.

([64]) Tra cui le Corti d'appello di Grenoble (sent. 24 aprile 1981, Cambournac, in Gazette du *Palais*, 1981, p. 684) e di Versailles (sent. 27 aprile 1981, Rossi di Montelera, in Cahiers de droit europèen, 1983, p. 304 ss.).

([65]) E in particolae la Corte d'appello di Parigi (sent. 26 marzo 1981, Comité national de defense contre l'alcoolisme, in Gazette du Palais, 1981, p. 681 ss.).

to tra soggetti non appartenenti allo stesso Stato (66). La scelta infine operata dalla Corte di cassazione, la quale ha optato per una soluzione che evitasse in radice l'insorgere di siffatte discriminazioni attraverso la generalizzata inapplicabilità della norma interna più severa (67), non è riuscita a placare del tutto le polemiche sollevate. Infatti tale soluzione, nel realizzare l'aspirazione ad una assoluta eguaglianza tra i produttori nazionali e i produttori dei restanti Paesi della Comunità, finisce col vanificare in radice ogni eventuale disposizione interna a carattere più restrittivo in tema di qualità dei prodotti, e dunque presenta il difetto di favorire un «appiattimento verso il basso» della regolamentazione tecnica in materia agroalimentare.

Anche in Italia il problema delle discriminazioni alla rovescia (che ovviamente non investe solo il settore agroalimentare) è stato affrontato a più riprese. In particolare, in una sentenza del 1995 nella quale si è posto il problema della equiparazione del titolo abilitativo del lettorato di una lingua straniera tra cittadini italiani e cittadini degli altri Stati CE, la Corte costituzionale ha preso posizione in favore dell'estensione a tutti i soggetti in questione della disciplina comunitaria più vantaggiosa (68). In tale decisione, peraltro in più punti sibillina e lacunosa (69), la nostra Corte ha finito così col ricalcare, mutatis *mutandis,* la soluzione fatta propria dalla Cassazione francese.

Resta comunque il fatto che, in una precedente decisione concernente specificamente il problema della diversa regolamenazione di taluni prodot-

---

(66) In una diversa prospettiva, si potrebbe osservare che il mantenimento dell'operatività della legislazione nazionale più restrittiva a carico dei produttori operanti sul suolo nazionale non comporta per ciò stesso l'insorgere di un trattamento effettivamente differenziato. Ciò in quanto in tale ipotesi risulta vietato tanto ai cittadini italiani quanto a quelli degli altri Paesi della Comunità, di produrre sul territorio dello Stato bevande o sostanze alimentari non rispettose dei parametri tecnici imposti dalla nostra legislazione; mentre risulta consentito agli stessi soggetti di produrre fuori del territorio dello Stato le bevande o sostanze alimentari in questione. Cfr., sul punto, CAPELLI, E legittima la «discriminazionealla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana, cit., p. 428.

(67) La suprema Corte francese ha infatti affermato che le norme tecniche nazionali vanno disapplicate tutte le volte in cui esse finiscano col determinare «restrizioni discriminatorie»; e ciò indipendentemente dal fatto che tali discriminazioni concernano produttori stranieri owero anche produttori nazionali. Cfr. sent. 16 luglio 1983, Procureur Général prés la Cour d'Appel de Grenoble, c. Cambournac, in Jurisclasseur *Périodique,* 1983, II, n. 20044; sent. 16 luglio 1983, Rossi di Montelera, in Jurisclasseur Périodique, 1983, II, n. 20044; sent. 16 luglio 1983, Comité National de défense contre l'alcoolisme c. Rossi di Montelera e altri, in Rev. *trim.* dr. eur., 1983, p. 283.

(68) Cfr. sent. 16 giugno 1995, n. 249, in Riv. dir. int., 1995, p. 813 ss.e in *Giur.* cost., 1995, p. 1827 ss, con note di DANOVI, Un *avvocato* spagnolo alla Corte costituzionale, p. 1833 ss, e di DONATI, Principio fondamentale di eguaglianza e diritto *comunitario,* p. 1838 ss.

(69) Sul punto cfr., diffusamente, CANNIZZARO, Esercizio di competenze comunitarie e *discriminazioni «a* rovescio», cit., p. 353.

ti alimentari riscontrabile in Italia rispetto ad altri Paesi CE, la Corte costituzionale è pervenuta (almeno nei risultati concreti) a risultati tendenzialmente opposti. Più precisamente, trincerandosi dietro argomenti a sfondo essenzialmente processuale, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di talune questioni di costituzionalità sollevate in relazione alle discriminazioni alla rovescia prodotte dalla normativa interna più restrittiva in tema di pasta alimentare (70): con il risultato di mantenere in vita, nei confronti dei soli produttori «interni», una normativa nazionale la quale del resto, a giudizio di alcuni commentatori (71), non parrebbe incostituzionale, in quanto non sembrerebbe contrastare nè con il principio di eguaglianza (72) nè con il principio di libera iniziativa privata (art. 41 Cost.) (73).

In effetti, l'eventualità che in merito a una pluralità di casi di discriminazione alla rovescia tra loro non coincidenti si possa giungere — relativamente al problema della loro legittimità — a soluzioni giurisprudenziali antitetiche non deve affatto sorprendere. Ciò in quanto la legittimità di tali forme di discriminazione dipende strettamente dalla loro plausibilità sul piano logico-razionale, la quale, a sua volta, può sussistere in relazione ad un dato caso, e risultare per contro assente in relazione ad un caso diverso.

Certamente, esistono settori normativi nei quali le discriminazioni a sfavore dei soggetti operanti sul territorio nazionale tendono a risultare il più delle volte plausibili. In questo senso, per quanto specificamente attiene alla normativa agroalimentare, l'eventualità che le discriminazioni alla rovescia siano considerate costituzionalmente legittime dovrebbe risultare assai probabile: infatti, nel settore qui considerato, le norme interne aventi effetti discriminatori *ex* art. 30 Tr. CE si inseriscono, di regola, in una strategia di mercato finalizzata alla promozione di prodotti aventi caratteristiche superiori, e risultano quindi improntate a criteri di razionalità atti

---

(70) Cfr. sent. 26 gennaio 1994, n. 27, in Dir. com. scambi intem., 1994, pp. 419-420

(71) CAPELLI, È legittima la «discriminazione alla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana, cit., passim; volendo, BERNARDI, La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare, cit., p. 1008 ss.

(72) In base a quanto ricordato supra, sub nota 66. Per ulteriori argomentazioni al riguardo cfr. CAPELLI, E legittima la <<discriminazione alla rovescia» imposta per tutelare *la* qualità della pasta alimentare italiana, cit., p. 428 ss.; eventualmente, BERNARDI, La *difficile* integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare, cit., p. 1009.

(73) Ciò in quanto il legislatore nazionale, attraverso l'introduzione e il mantenimento di regolamentazioni tecniche più severe, persegue l'obiettivo (peraltro raggiunto) di favorire la commercializzazione dei prodotti interni, realizzando una programmazione costituzionalmente consentita dall'art. 41 comma 3 Cost., in quanto funzionale all'indirizzo e coordinamento a fini sociali dell'attività economica. Sul punto cfr., in particolare, CAPELLI, È legittima la «discriminazione alla rovescia» imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana, cit., p. 426 ss.

a porle al riparo da ogni accusa di «discriminazione» rilevante ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost.

Ma, certamente, anche nel settore agroalimentare non è da escludere che in taluni casi la sussistenza di norme interne più rigorose destinate ai soli produttori nazionali non trovi una qualsivoglia giustificazione razionale. Per esempio, sempre in materia di pasta alimentare, la tesi della illegittimità costituzionale della normativa nazionale che discrimina odiosamente il produttore interno, non già vietandogli di produrre e commercializzare in Italia paste qualitativamente scadenti atte a danneggiare l'immagine del prodotto italiano, bensì inibendogli la produzione di paste contenenti ingredienti (aglio, prezzemolo, peperoncino, nero di seppia, ecc.) tali da renderle particolarmente appetibili al consumatore, è stata nel corso del 1996 sostenuta con forza dal Pretore di Pordenone. La speranza è che la decisione sul punto della Corte costituzionale, ormai di prossima pubblicazione, possa contribuire, se non a risolvere del tutto, quanto meno ad attenuare al massimo le tensioni rinvenibili sia nel principio comunitario del divieto di misure equivalenti ad una restrizione quantitativa all'importazione, sia nelle discriminazioni alla rovescia che da tale principio derivano, sia infine, e più in generale, nello stesso principio di sussidiarietà di cui all'art. 3B Tr. CE, che sembrerebbe avallare, almeno in linea tendenziale, tali forme di discriminazione (74) (75).

---

(74) Cfr. BERNARDI, La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina *agroalimentare,* cit., p. 1010; nonché, sia pure in una più generale prospettiva, NOVI, Le misure di *effetto equivalente* nella giurisprudenza comunitaria recente, cit., pp. 124-125.

(75) In data 30 dicembre 1997, quando il presente lavoro era già ultimato, è stata depositata la sentenza in oggetto (n. 44311997, in corso di pubblicazione in Riv. dir. agr., 1998, II), nella quale la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 4 luglio 1967, n. 580 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimenti in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea». Ora, tenuto conto appunto della tendenziale irragionevolezza della discriminazione alla rovescia rinvenibile nel caso di specie, la decisione del giudice delle leggi sembra senz'altro condivisibile. Per contro, nella sentenza in oggetto, qualche perplessità suscita la recisa affermazione della Corte costituzionale secondo cui «il principio di non discriminazione tra imprese ... opera nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate di oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria», e questo indipendentemente dalla plausibilità o meno di tali divieti sotto il profilo dell'art. 41 Cost. In tal modo la Corte ha finito per trasformare l'art. 30 Tr. CE in un vero e proprio strumento di annichilimento (per incostituzionalità) di tutte le regole interne di produzione, ove più vincolanti di quelle previste dalla legislazione di uno qualsivoglia dei Paesi membri dell'Unione europea. Si tratta, come si può notare, di una soluzione oltremodo ardita, rivoluzionaria e problematica, che tende ad erodere il principio comunitario del mutuo riconoscimento e ad innescare un processo coatto di armonizzazione normativa interstatuale, con conseguente «appiattimento verso il basso» delle diverse regolamentazioni tecniche nazionali. E facile dunque prevedere che la

8. – Concluso l'esame dell'incidenza disapplicativa del diritto comunitario sulla normativa penale in materia agroalimentare, conviene infine affrontare una forma di incidenza per certi aspetti ad essa speculare. Si allude, essenzialmente, alla c.d. influenza incriminatrice, la quale — come ricordato all'inizio del presente lavoro — si esprime nella capacità da parte del diritto comunitario di imporre agli organi nazionali di produzione normativa la creazione di una apposita disciplina sanzionatoria (in taluni casi, come vedremo, a carattere necessariamente penale) atta a garantire il rispetto dei precetti contenuti nei testi di fonte «europea».

Come noto, tale influenza incriminatrice di matrice comunitaria risulta strettamente connessa alla indubbia scarsezza di atti comunitari dotati di disposizioni sanzionatorie tali da assicurare la «tutela in proprio» dei precetti contenuti negli atti in questione.

Più precisamente, per quanto concerne *la* tutela a carattere penale, in conformità alla tesi prevalente, secondo la quale la Comunità è priva di competenza penale in senso stretto (76), non sono rinvenibili all'interno dei testi varati a Bruxelles autonome norme incriminatrici volte a prevedere, in caso di violazione, l'irrogazione di sanzioni criminali (77).

Per quanto invece concerne *la* tutela a carattere *penal-amministrativo,* sebbene secondo l'opinione oggi più diffusa la Comunità disponga sul punto di una generale potestà sanzionatoria (78), tale da consentire il ricorso a misure punitive diversificate per disciplina (79) e contenuto (80), il carattere

---

sentenza in esame non mancherà di sollevare un acceso dibattito (cfr. già, ad esempio, COSTATO, Troppo (o troppo poco?) Cassis de Dijon, commento in corso di pubblicazione in Riv. dir. agr., 1998, II).

(76) Sul punto cfr., supra, sub par. 4, nota 22.

(77) Tuttavia, per l'analisi di talune problematiche disposizioni comunitarie che, attraverso la c.d. tecnica della estensione diretta di fattispecie penali interne sembrerebbero, configurarsi come vere e proprie norme penali a carattere sovrastatuale cfr., tra gli altri, DANNECKER, *Armonizzazione* del diritto penale *all'interno* della Comunità europea, cit., p. 963; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., pp. 129 ss., e bibliografia ivi riportata; JESCHECK, L'oggetto *del* diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971, p. 643 ss.; NUZZO, Rilevanza delle *norme* comunitarie e delle norme regionali nei reati pretorili, in Giust. pen., 1996, II, c. 6; SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, in *Dig.* disc. pen., vol. IV, 1990, p. 98 ss.; TIEDEMANN, Diritto comunitario e diritto penale, cit., p. 214-215.

(78) Cfr., tra gli altri, GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, cit., p. 745, e bibliografia ivi riportata; HAGUENAU, L'application *effective* du droit *communautaire* en droit interne, Bruxelles, 1995, p. 551 ss.; TESAURO, La sanction *des infractions* au droit *communautaire,* in Riv. dir. eur., 1992, p. 502 ss., e bibliografia ivi riportata.

(79) Infatti, le tradizionali ammende previste nel trattato CECA, e nei regolamenti CE n. 11/60, 17/62, 1017/68, 4056/86, 4064189 adottati ai sensi dell'art. 87 Tr. CE, sono irrogate dalla Commissione; laddove, per conto, l'applicazione delle sanzioni comunitarie previste in taluni recenti regolamenti è demandata ai singoli Stati membri. In argomento cfr., ad esempio, GRASSO, Le prospettive di *formazione*

sporadico e sussidiario di tali misure (81) risulterebbe confermato da una indagine «sul campo». In effetti, sanzioni CE si rinvengono sinora solo all'interno di pochi, circoscritti settori normativi e, se si esclude il diritto comune della concorrenza, esclusivamente in relazione ad un numero limitato di violazioni. In particolare, per quanto concerne il settore agroalimentare il ricorso a tali sanzioni si riscontra, essenzialmente, in relazione a taluni comportamenti fraudolenti atti a recare pregiudizio alle finanze comunitarie (82). L'odierna tendenza verso un ricorso più frequente a sanzioni amministrative comunitarie in funzione di uniformizzazione o quantomeno di armonizzazione delle risposte sanzionatorie nei Paesi CE (83), potrà verosimilmente modificare solo in parte (e in tempi non brevi) questa situazione complessiva.

Comunque sia, l'attuale penuria di sanzioni comunitarie, riscontrabile nelle fonti CE di diritto derivato anche limitatamente al campo agroalimentare, fa sì che, il più delle volte, solo attraverso il ricorso alle risorse punitive degli Stati membri possa essere assicurato il rispetto delle prescrizioni dettate dagli ,organi di Bruxelles. Al riguardo, è opportuno precisare che questa integrazione della normativa comunitaria ad opera del diritto sanzionatorio interno non si configura per i Paesi CE come un mero dovere morale, ma come un vero e proprio obbligo giuridico; obbligo che sussiste anche nei casi in cui gli atti comunitari nulla dicano in ordine alle scelte punitive che gli Stati debbono attuare per la tutela dei relativi precetti

---

di un diritto penale *dell'Unione* europea, cit., p. 1169 ss.; VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers *of and* in the Comunity. Tovards a System of European *Administrative* Sanctions?, in AdministrativeLaw Application and *Enforcement of community* Law in the Netherlands, Deventer, 1994, p. 196 ss.

(80) Sui differenti contenuti propri delle sanzioni comunitarie cfr., per tutti, BIANCARELLI, *L'ordre juridique* communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions? in Quelle politique pénale pour *l'Europe?,* a cura di M Delmas-Marty, Paris, 1993, p. 257 ss.; GRASSO, Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 865; HAGUENAU, *L'application effective* du droit communautaire en droit interne, cit., p. 497 ss.

(81) Sul principio di sussidiarietà-necessità delle sanzioni amministrative comunitarie cfr., con differenti sfumature, RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 132 ss.; SCHOCKWEILER, La répression des infractions au droit communautaire dans la jurispmdence de la Cour, in La protection *du* budget communautaire et *l'assistence* entre Etats, Luxembourg, 1995, p. 7. Nella normativa comunitaria cfr., altresì, l'art. 2 del reg. (CE, EURATOM) 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 «relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità» (in GUCE L 31211).

(82) In merito a tali sanzioni cfr., amplius e per tutti, GRASSO, Nuove prospettive in tema di sanzioni amministrative comunitarie, cit., p. 865 ss.; VERVAELE, Administrative Sanctioning Powers of and in the Comunity. Tovards a System of European Administrative Sanctions?, cit., p. 196 ss.

(83) Tendenza, questa, evocata dall'ottavo considerando del succitato regolamento 2988195: «considerando che il diritto comunitario prevede sanzioni amministrative comunitarie nel quadro della politica agricola comune; che tali sanzioni dovranno anche essere previste in altri campi».

CE ([84]). Da un lato, infatti, in base all'art. 5 comma primo Tr. CE, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure, anche a carattere sanzionatorio, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi previsti dal diritto «europeo» primario e secondario; dall'altro lato, ai sensi dell'art. 171 Tr. CE, l'accertamento ad opera della Corte di giustizia del mancato rispetto di tali obblighi da parte di uno Stato membro comporta l'onere per quest'ultimo di prendere i provvedimenti del caso, pena l'instaurazione di una ulteriore procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia, e financo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico dello Stato in questione.

9. – L'obbligo di tutela sanzionatoria della normativa «europea» da parte dei Paesi membri (obbligo insito, come detto, nel principio di fedeltà comunitaria sancito dall'art. 5 Tr. CE) è stato progressivamente precisato ad opera di una interessante giurisprudenza, avente talora ad oggetto proprio questioni di rilievo agroalimentare. Nell'ambito di tale giurisprudenza, la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che le sanzioni nazionali previste in caso di violazione delle norme comunitarie devono presentare due distinti requisiti: da un lato devono risultare simili a quelle previste per le violazioni delle norme interne di analoga natura e gravità (principio di assimilazione); dall'altro lato devono comunque risultare adeguate alla gravità del fatto, efficaci e sufficientemente dissuasive (principio di proporzionalità) ([85]).

([84]) Nel diritto comunitario derivato è infatti possibile distinguere tra atti privi di indicazioni sanzionatorie e atti che contengono esplicite prescrizioni sul punto. All'interno poi di questi ultimi, invero abbastanza frequenti in materia alimentare, è ancora opportuno distinguere tra quelli, più numerosi, che si limitano ad imporre agli Stati di colpire con sanzioni (eventualmente definite, di volta in volta ((adeguate», «proporzionate», «efficaci»,ecc.) le violazioni delle relative norme e quelli assai, assai più rari, che contengono precise indicazioni in merito all'entità, alla tipologia o alle funzioni delle sanzioni applicabili da parte degli Stati membri (cfr., ad esempio, l'art. 3 reg. CEE n. 2262184 «che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva», in GUCE, L 208 del 3 agosto 1984, p. 11 ss.; nonchè l'art. 11 quater reg. CEE n. 3483188 del Consiglio del 7 novembre 1988 «che modifica il regolamento (CEE) n. 2241187 che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca», in GUCE, L 306 dell'11 novembre 1988, p. 2 ss.).

([85]) Cfr. sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (Commissione c. Grecia), in Racc., 1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326188 (Hansen), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (Vandevenne), in Racc., 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382192 e 383192 (Commissione c. Regno Unito), in Racc., 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (Siesse), in Racc., p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140195, 141195, 154195, 157195 (Gallotti), in Racc., 1996, p. 4345; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129195 (Procedimenti penali c. X), cit. (cfr., supra, sub par. 2, nota 4), p. 124 ss. Per una analisi dei suddetti principi ricavati in via interpretativa dall'art. 5 Tr. CE cfr., tra gli altri, GRASSO, L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea))?,in Indice pen., 1993, p. 77 ss.; ID., *L'harmonisation* et la *coordination* des dispositions pénales nationales, in La protection *juridique* des *intérêts financiers* de la *Communauté*, Bruxelles-Luxembourg, 1990, p. 269 ss.; MANACOR-

Ora, come facilmente comprensibile, sia il principio di assimilazione sia il principio di proporzione finiscono, in taluni casi, col sancire veri e propri obblighi di incriminazione penale a carico degli Stati. Più precisamente, il primo principio determinerà un siffatto obbligo nei casi in cui le violazioni «nazionali»,simili per natura e importanza alle violazioni comunitarie da colpire, siano punite con sanzione penale; mentre il secondo principio determinerà un analogo obbligo nei casi in cui, tenuto conto dei caratteri e della gravità dell'illecito comunitario, solo una sanzione penale possa essere riconosciuta sufficientemente efficace e dissuasiva (86).

E tuttavia opportuno precisare che i suddetti principi di assimilazione e di proporzionalità si ispirano a filosofie profondamente diverse e potenzialmente conflittuali. Ciò emerge con chiarezza ove si consideri che il principio di assimilazione, rimettendo le violazioni comunitarie ad una disciplina sanzionatoria destinata a ricalcare in ciascuno Stato membro le pregresse scelte punitive interne operate per casi simili, appare ispirato ad un criterio, per l'appunto, «statocentrico», nell'ambito del quale la coerenza delle soluzioni preventivo-repressive adottate a tutela dei precetti comunitari viene ricavata sulla base di un punto di vista puramente «interno» (87). Per contro il principio di proporzionalità, tendendo ad assoggettare le norme punitive interne poste a presidio della normativa CE ad un controllo comunitario di congruità che prescinde da ogni esame delle restante normativa sanzionatoria nazionale, si rivela ispirato ad un criterio accentrato o, se si preferisce, «eurocentrico» (88). Pertanto, nel perseguire un fine di razionalità e funzionalità sanzionatoria assunto in sede comunitaria a minimo denominatore comune delle diverse soluzioni punitive adottate nei singoli Paesi dell'Unione europea, il principio di proporzionalità dovrebbe verosimilmente svolgere, nelle intenzioni della Corte CE, una utile funzione di correttivo del principio di assimilazione; ciò, beninteso, solo nei casi in cui quest'ultimo principio, per i limiti propri del sistema punitivo interno, non consenta di dare vita a risposte sanzionatorie nazionali atte a garantire il rispetto degli obblighi comunitari.

DA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale,* in *Foro it.,* 1995, *IV,* c. 55 ss.; VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires,* Paris, 1994, p. 6 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(86) Cfr., in particolare, Corte di giustizia, ord. 13 luglio 1990, causa 2/88 (Zwartveld), in *Racc.,* 1990, p. 3365 ss.

(87) Quindi, come facilmente intuibile, il principio di assimilazione implica l'accettazione di una frantumazione su scala nazionale delle risposte punitive previste in caso di violazione della normativa comunitaria. Cfr., da ultimo e per tutti, GRASSO, I1 «*Corpus juris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europa,* in *Verso uno spazio giudiziario europeo* - Corpus Juris *contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea,* Milano, 1997, p. 8.

(88) Conseguentemente, il principio di proporzione appare funzionale ad un processo di armonizzazione sanzionatoria su scala comunitaria.

Senonché, proprio per l'eterogeneità dei rispettivi criteri ispiratori, problematico appare il coordinamento tra i due principi in esame (89), stante che il perseguimento del principio di proporzionalità comporterebbe la rinuncia al rispetto del principio di assimilazione tutte le volte in cui, per l'appunto, la disciplina sanzionatoria interna prevista in relazione agli illeciti «nazionali»simili per natura e gravità a quelli derivanti dalla violazione della normativa comunitaria risulti non adeguata alla gravità del fatto, non efficace e non sufficientemente dissuasiva. In nome del principio di proporzionalità della sanzione si determinerebbe, quindi, una irragionevole disparità di trattamento tra casi connotati da un omogeneo livello di disvalore.

10. – La legislazione in materia agroalimentare sembra costituire il luogo ideale per verificare le difficoltà che i principi di assimilazione e di proporzionalità incontrano in sede di reciproca integrazione. Infatti, data la notoria esistenza di violazioni interne in materia alimentare colpite con pene sproporzionate per eccesso o per difetto (90), sussiste la concreta possibilità che la norma sanzionatoria interna posta a tutela di un dato precetto comunitario e conforme al principio di proporzionalità non risulti in linea col principio di assimilazione, presentando un significativo divario in termini di afflittività rispetto alle norme penali volte alla tutela di precetti «interni», in materia alimentare, simili per natura e gravità.

In tali casi, la migliore soluzione per soddisfare al contempo i due principi in esame sarebbe allora quella di procedere ad una sollecita e radicale riforma della disciplina sanzionatoria prevista in relazione ai suddetti precetti «interni»,attraverso una sorta di «assimilazione alla rovescia» di tale disciplina a quella volta a tutelare in sede nazionale i precetti comunitari nel rispetto del principio di proporzione (91). Tuttavia, riconoscere la vincolatività della soluzione prospettata equivarrebbe a riconoscere l'attitudine del diritto comunitario a condizionare le scelte punitive nazionali non solo in relazione agli illeciti di fonte comunitaria, ma anche in relazione ad

---

(89) Sul punto cfr., da ultimo, GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1997, p. 96 ss.; nonché, volendo, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I - La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario,* cit., p. *180* ss.

(90) Sul punto cfr., ad esempio, PADOVANI, *Geremiadi su un «codice della legislazione alimentare»,* in *Riv. dir. agr.,* 1992, I, p. 306; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario,* cit., p. 245; volendo BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari,* cit., p. 242 ss.

(91) «Assimilazione alla rovescia»,per l'appunto, in quanto non sarebbe la disciplina sanzionatoria interna prevista in caso di violazione della normativa comunitaria a venir assimilata alla preesistente normativa sanzionatoria dettata per le violazioni interne di analoga natura e gravità, ma al contrario sarebbe quest'ultima normativa sanzionatoria a dover essere riformata nel segno di una sua assimilazione a quella dettata in funzione di una tutela efficace e proporzionata dei precetti comunitari.

illeciti «puramente interni» ricollegabili ai primi in virtù di mere analogie di contenuto e disvalore. Come si può capire, la soluzione qui ipotizzata risulta alquanto innovativa, specie ove si tenga conto della dimensione rigorosamente nazionalistica che impronta ancor oggi il diritto criminale.

Ma, per vero, l'attuale marasma riscontrabile in Italia nel campo del diritto penale alimentare, prima ancora di evidenziare i problematici rapporti esistenti tra i principi comunitari di assimilazione e di proporzionalità, tende talora ad ostacolare o addirittura a rendere pressoché impossibile il pieno rispetto di tali principi isolatamente considerati. Infatti, *per quanto concerne il principio di assimilazione sanzionatoria,* a causa della stessa molteplicità di fattispecie penali e penal-amministrative in materia alimentare volte a colpire illeciti di natura «interna» dal contenuto analogo, ma contraddistinte da tipi o entità di pena assai differenti (92), risulta a volte inattingibile una piena assimilazione tra le violazioni della normativa comunitaria in materia alimentare e le numerose, «parallele» violazioni interne. Ciò in quanto, in tale situazione, l'assimilazione tra una data violazione della normativa comunitaria in materia alimentare ed una parallela violazione interna comporta, automaticamente, la non-assimilazione della medesima violazione comunitaria alle restanti violazioni «interne» simili per natura e gravità, ma assoggettate ad una disciplina punitiva sensibilmente diversa.

Per quanto concerne poi il principio di proporzionalità sanzionatoria isolatamente considerato, è indubbio che l'assenza di una adeguata cultura della commisurazione delle pene in relazione agli illeciti puramente interni tende a riflettersi anche sulla disciplina punitiva prevista per gli illeciti comunitari, favorendo l'adozione di scelte non sufficientemente ponderate.

L'unica cosa certa è allora che, attraverso i principi di assimilazione e proporzione sanzionatoria operanti in sede di tutela della normativa comunitaria, vengono messe impietosamente in luce quelle incongruenze della disciplina punitiva interna favorite dalla stessa sovrabbondanza e frammentazione della legislazione speciale in materia alimentare; sovrabbondanza e frammentazione che tuttavia, paradossalmente, proprio il diritto comunitario secondario di settore contribuisce ad accrescere a dismisura. L'implicito richiamo alla razionalità delle scelte di politica criminale operato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia rischia così di essere vanificato da un irrefrenabile processo di decodificazione e polverizzazione normativa, costituente il naturale terreno di coltura di ogni diseguaglianza ed incongruenza punitiva.

---

(92) A titolo di esempio, da un'indagine statistica svolta da un gruppo di ricerca dell'Università di Ferrara, in relazione a taluni casi di frode sulla qualità dei formaggi, delle carni e degli insaccati (frodi dal coefficiente di disvalore abbastanza omogeneo) risultano essere state applicate, alternativamente o cumulativamente, le seguenti fattispecie: art. 516 c.p.; art. 5 lett. a) e b) l. 283 11962; art. 13 l. 283 11962; art. 9 l. 125 11954; art. 8 l. 506 11970; art. 3 r.d.l. 1177 11938; artt. 7 e 13 l. 261 11990. Le diverse soluzioni di volta in volta privilegiate in ordine al ricorso a tali fattispecie, unitamente alle marcate differenze che queste ultime presentano sotto il profilo delle relative pene edittali, ha prodotto inevitabilmente risposte punitive fortemente sperequate.

11. – I meccanismi di tutela sanzionatoria che, in virtù del principio di fedeltà comunitaria, gli Stati membri sono chiamati ad offrire ai precetti di fonte comunitaria possono presentare profili di particolare problematicità nel caso in cui le violazioni dei precetti in questione siano punite anche dalla stessa normativa comunitaria per mezzo di sanzioni CE.

In proposito, occorre subito osservare come la sussistenza di sanzioni a carattere sovrastatuale volte a colpire taluni illeciti di fonte comunitaria non escluda, per ciò stesso, l'eventualità che i medesimi illeciti siano assoggettati anche alle tradizionali risposte sanzionatorie nazionali. Da un lato, infatti, in una prospettiva puramente funzionalistica, le sanzioni CE da sole considerate potrebbero rivelarsi insufficienti a prevenire e punire gli illeciti in questione (93). Dall'altro lato, non va nemmeno scartata l'ipotesi che la simultanea applicazione ai medesimi illeciti di sanzioni comunitarie e di sanzioni nazionali possa discendere dalla attitudine degli illeciti in questione a colpire beni giuridici diversi o comunque non pienamente coincidenti, e quindi (specie alla luce di concezioni ricorrenti nella giurisprudenza anche, ma non solo, italiana) possa essere considerata legittima in base ai principi di sussidiarietà e di consunzione (94).

Del resto, chiamata a pronunciarsi in merito a casi aventi ad oggetto comportamenti previsti e puniti, al contempo, dalla normativa comunitaria e da quella interna, la stessa Corte di giustizia ha preso posizione nel senso della ammissibilità di una pluralità di procedimenti in relazione al medesimo fatto, tenuto conto sia del sistema di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri (95) sia della diversità degli scopi perseguiti dai procedimenti in questione (96). Tuttavia, la Corte ha tenuto a sottolineare

---

(93) Anche perché, come ricordato, le sanzioni comunitarie si caratterizzano per la loro natura merarnente amministrativa, che potrebbe renderle inadeguate a colpire gli illeciti comunitari dotati di un più alto coefficiente di disvalore.

(94) In merito al ricorso a tali principi quali criteri atti a risolvere il problema del concorso reale o apparente di norme cfr., per tutti, ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, vol. I, cit., sub art. 15, p. 167 ss., n. 24 ss., e bibliografia ivi riportata.

(95) Cfr., ad esempio, sent. 10 luglio 1980, cause riunite 253178 e 1-3/79 (Giry), in Racc., 1980, p. 2327 ss.

(96) Cfr. sent. 13 febbraio 1969, causa 14/68 (Wilhelm), in Racc., 1969, p. 15. In dottrina cfr., in particolare, BOSE, Strafen und Sanktionen *im* Europaischen *Ge*meinschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 174 ss.; KOVAR, *L'incide*nce du droit communautaire de *la* concuwence sur *le* droit pénal des Etats *membres,* in Droit communautaire et droit pénal, cit., p. 131 ss. Per una recisa critica alla «giurisprudenza Wilhelm» della Corte di giustizia, ritenuta non conforme al divieto di sottoporre lo stesso soggetto ad una pluralità di procedimenti per il medesimo fatto, cfr. COLETTE-BASECQZ, Une conséquence de *la* nature *pénale* de *la* sanction communautaire au niveau des garanties procédurales: *l'application* du principe non bis in idem, in La justice pénale et *l'Europe,* a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 463 ss. e, in particolare, p. 472.

che anche in relazione a tali casi l'equità della risposta punitiva deve venire rispettata; e, a tal fine, ha precisato che l'organo deputato a commisurare la sanzione CE deve sempre tener conto delle pene eventualmente già irrogate in relazione al medesimo illecito, così da ridurre «in via equitativa» l'entità della suddetta sanzione CE ([97]).

Lungi dall'affermare una incondizionata legittimità del cumulo materiale delle pene, la Corte di giustizia si è così pronunciata a favore di una sorta di anomalo cumulo giuridico ([98]), alla cui applicazione dovrebbero verosimilmente presiedere non solo gli organi deputati all'irrogazione della sanzione CE, ma anche gli organi deputati all'applicazione della sanzione penale (o penal-amministrativa) nazionale, nel caso in cui la condanna a tale sanzione intervenga in un momento successivo a quello della condanna alla sanzione comunitaria ([99]).

Senonché, in quest'ultimo caso, la disciplina punitiva imposta dalla succitata giurisprudenza comunitaria potrebbe trovare un ostacolo nelle stesse scelte sanzionatorie operate dal legislatore nazionale in relazione alla singola fattispecie astratta. Più esplicitamente, specie ove lo scarto esistente tra i limiti edittali della sanzione penale «interna» si rivelasse non molto accentuato o addirittura tendenzialmente inesistente ([100]), potrebbe risultare impossibile per il giudice nazionale procedere «in via equitativa» a quelle diminuzioni di pena imposta dal principio comunitario di proporzione nel caso in cui per lo stesso fatto fosse già stata irrogata una sanzione comunitaria. In relazione al caso di specie, l'unica soluzione ipotizzabile — peraltro anch'essa non priva di problematicità — sarebbe allora quella di disapplicare la fattispecie penale interna, a causa della imprescindibile eccessiva severità delle conseguenze sanzionatorie correlate ad un'eventuale sentenza di condanna in sede nazionale.

Merita peraltro di essere rilevato che i problemi connessi all'applicazione allo stesso fatto di un cumulo di sanzioni, comunitarie e nazionali, sembrano ormai avviati ad una almeno parziale soluzione in virtù del già ricordato reg. 2988195 ([101]). Infatti, secondo quanto recentemente ribadito dalla

---

([97]) Cfr. sent. 14 dicembre 1972, causa 7/72 (Boehringer), in Racc., 1972, p. 1289.

([98]) Anomalo in quanto alla realizzazione della disciplina del cumulo giuridico interverrebbero due differenti organi giudicanti, uno comunitario e uno nazionale.

([99]) Cfr. KOVAR, *L'incidence* du droit *communautaire* de la *concurrence* sur le droit *pénal* des États *membres*, cit., p. 143.

([100]) Si allude, ovviamente, ai casi in cui la fattispecie astratta preveda una pena fissa, owero una pena proporzionale dotata di un coefficiente numerico (o di una entità monetaria) predeterminato dal legislatore in forma fissa. In merito a tali modelli sanzionatori cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, Commento all'art. 27, in Le fonti del diritto italiano - Codice penale, a cura di T. Padovani, Milano, 1997, p. 125 ss.

([101]) Cfr., supra, sub. par. 8, nota **83.**

stessa Corte di giustizia ([102]), tale atto non solo sottolinea al decimo «considerando» l'esigenza di rispettare i principi di equità-proporzionalità punitiva e di ne bis in idern, ma a tal fine detta all'art. *6* talune disposizioni specificamente pensate per evitare, in linea tendenziale, le ipotesi di cumulo sanzionatorio in più stridente contrasto coi suddetti principi ([103]).

In particolare, il comma 1 di tale articolo precisa che d'imposizione delle sanzioni pecuniarie [comunitarie], quali le sanzioni amministrative, può essere sospesa con decisione dell'autorità competente qualora sia stato avviato, per gli stessi fatti, un procedimento penale contro la persona interessata». Successivamente, ai sensi dei commi 2 e 3 dello stesso articolo, «se il procedimento penale non è proseguito, riprende corso il procedimento amministrativo già sospeso», mentre «allorché il procedimento penale è concluso, riprende corso il procedimento amministrativo già sospeso purché ciò non sia contrario ai principi generali del diritto)).Secondo quanto stabilito poi al comma quarto, nel caso in cui il procedimento amministrativo in questione venga ripreso, d'autorità amministrativa provvede affinché sia irrogata una sanzione almeno equivalente a quella prevista dalla normativa comunitaria, potendo tener conto di qualsiasi sanzione irrogata dall'autorità penale per gli stessi fatti alla stessa persona»,

Tuttavia, merita di essere sottolineato che questa disciplina non si applica a tutte le diverse categorie di sanzioni comunitarie. Infatti, in base all'ultimo comma dell'articolo in esame, «Le disposizioni di cui ai paragrafi da 1 a 4 non si applicano alle sanzioni pecuniarie che costituiscono parte integrante dei regimi di sostegno finanziario e possono essere applicate indipendentemente ad (sic) eventuali sanzioni penali se, e nella misura in cui, non sono assimilabili a tali sanzioni». Come non si è mancato di osservare ([104]), la deroga prevista da tale ultimo comma è destinata ad assumere grande rilievo, in quanto dovrebbe operare rispetto a larga parte delle sanzioni comunitarie, dato che queste ultime si configurano il più delle volte quale logico corollario del regime degli aiuti comunitari, e sono chiamate a coesistere con le sanzioni nazionali.

([102]) Cfr. sent. 17 luglio 1997, causa 354/95 (Farmer's Union), inedita. Cfr., al riguardo, HOFFMANN, *Première application* du *règlement* relatif à la *protection* des *intérêts* financiers des *Communautés* européennes, in Agon-Bulletin *trimestriel* des Associations des *juristes* européens pour la protection des *intérêts* financiers des *Communautés* européennes, settembre 1997, n. 16, pp. 10-11.

([103]) In argomento cfr., diffusamente, BOSE, Strafen und Sanktionen *im Europaischen Gemeinschaftsrecht,* cit., in particolare p. 385 ss.; HEITZER, Punitive sanktionen *im* Europaischen *Gemeinschaftsrecht,* Heidelberg, 1997, p. 170 ss.

([104]) Cfr., in particolare, BÖSE, Strafen *und* Sanktionen *im* Europaischen *Gemeinschaftsrecht,* cit., in particolare p. 385.

Sia pure con le importanti eccezioni or ora ricordate, resta il fatto che, stando alle disposizioni contenute ai commi 1 a 4 dell'art. 6 reg. 2988195, le sanzioni penali già applicate al medesimo fatto devono essere prese in considerazione dall'autorità amministrativa in sede di commisurazione della sanzione comunitaria, affinché il carico punitivo complessivamente gravante sul colpevole, pur non potendo risultare inferiore a quello previsto *ab origine* dalla normativa comunitaria, non divenga nemmeno sproporzionato per eccesso rispetto alla reale gravità dell'illecito.

Certamente, la disciplina del concorso tra sanzioni penali nazionali e sanzioni amministrative comunitarie delineata dal Consiglio con tale regolamento non appare scevra di conseguenze, due delle quali appaiono di particolare rilievo, specie in relazione a quanto osservato nei precedenti paragrafi con riferimento al sistema sanzionatorio italiano in materia agroalimentare.

La prima conseguenza è che, in virtù del primato riconosciuto da tale articolo al procedimento penale interno rispetto al procedimento amministrativo comunitario, sarà di regola non già il giudice penale, ma l'organo amministrativo deputato all'irrogazione della sanzione CE a dover tener conto, ai fini della commisurazione, del fatto che la medesima violazione ha già ricevuto una prima risposta sanzionatoria. Pertanto ogni eventuale problema di commisurazione derivante da un modesto scarto tra i limiti edittali della sanzione penale «interna»,ovvero addirittura dalla natura fissa di quest'ultima, risulterebbe automaticamente superato (fatte sempre salve le eccezioni previste dall'ultimo comma dell'art. 6).

La seconda conseguenza è che, grazie alla «corsia preferenziale» attribuita al procedimento penale, con conseguente valorizzazione della relativa risposta punitiva ai fini della quantificazione della sanzione amministrativa comunitaria, il legislatore nazionale verrebbe di fatto sollevato dalla preoccupazione di riformare le pene edittali comminate rispetto alle fattispecie penali volte a colpire comportamenti perseguibili anche in sede comunitaria ([105]). Evitando di effettuare una siffatta riforma, al legislatore nazionale sarebbe così consentito dì rispettare il principio di assimilazione sanzionatoria tra i suddetti illeciti di fonte comunitaria e i corrispondenti illeciti di fonte meramente nazionale; assimilazione che, per contro, finirebbe per dover essere sacrificata in nome del princi-

([105]) Preoccupazione riformistica che, invece, sarebbe più che legittima ove il regolamento comunitario 2988195 da un lato imponesse l'applicazione della sanzione CE prima dell'applicazione della sanzione penale, dall'altro lato vincolasse il giudice interno a commisurare la sanzione penale in base a criteri equitativi e proporzionalistici che tenessero conto anche della sanzione comunitaria previamente irrogata per lo stesso fatto.

pio di equità-proporzionalità della sanzione nel caso in cui solo gli illeciti comunitari, diversamente dagli illeciti nazionali analoghi per natura e gravità, risultassero indefettibilrnente gravati da un cumulo di sanzioni nazionali e comunitarie.

12. – L'esame sin qui condotto in merito ai profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare ha consentito di porre in luce molti nodi problematici, destinati a costituire in alcuni casi un vero e proprio rompicapo per l'interprete. Nodi che rivelano la difficoltà delle norme penali — da sempre espressione di una cultura giuridica nazionalista improntata al formalismo in funzione di certezza e garanzia — a convivere e ad integrarsi con norme CE costituenti il prodotto di un processo transnazionalista in piena evoluzione, nel quale fatalmente la sostanza tende a prevalere sulla forma, sino a rendere talora labili i confini tra competenze comunitarie e competenze interne, tra atti *self-executing* e atti not *self-executing*, e perfino tra testi vincolanti e testi non vincolanti.

L'effetto diretto delle disposizioni comunitarie, il loro primato sul diritto interno, così come più in generale l'affermarsi in ambito «europeo» sia di principi impliciti ed espliciti tendenzialmente sovraordinati ad ogni altra fonte normativa sia di beni-interessi cumulantisi a quelli tradizionalmente riconosciuti dagli ordinamenti interni: tutti questi fattori appaiono destinati a disorientare un giurista-penalista abituato a riconoscere solo la Costituzione al di sopra della legge penale, e per il quale gli stessi rapporti tra diritto comunitario e diritto interno risultano tutt'altro che nettamente definiti.

Comunque sia, l'analisi dei problemi posti dall'interazione tra fonti comunitarie e norme penali interne, e segnatamente dalle diverse forme di influenza (interpretativa, integratrice, disapplicativa, incriminatrice) delle prime sulle seconde, è destinata ad offrire continui spunti di riflessione ad ogni operatore del diritto desideroso di agire all'interno di un ordinamento giuridico in sintonia con l'attuale contesto politico-istituzionale.

In questo senso il diritto penale agroalimentare, grazie alla progressiva comunitarizzazione dei suoi precetti, costituisce ormai una insostituibile palestra per un interprete in precario equilibrio tra il desiderio di salvaguardare i principi e gli istituti del nostro sistema penale e l'esigenza di garantire la tutela di beni giuridici primari, quali la salute e l'interesse economico dei singoli e della collettività.

ABSTRACT

Lo studio si prefigge di esaminare le principali forme di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalirnentare. In particolare, ogget-

to di indagine sono l'incidenza interpretativa (vale a dire l'attitudine del diritto comunitario ad influenzare l'interpretazione delle norme penali agroalimentari); l'incidenza integratrice (cioè la tendenza della normativa comunitaria a completare in vario modo e misura le fattispecie penali nel settore considerato); l'incidenza disapplicativa (da intendersi come la capacità del diritto comunitario di inibire in sede agroalimentare l'applicazione delle norme penali con esso confliggenti); l'incidenza *incriminatrice* (più precisamente, la possibilità per il diritto comunitario di imporre agli Stati membri la previsione e l'applicazione di sanzioni dotate di specifiche caratteristiche qualitative e/o quantitative, in funzione di tutela dei precetti varati a Bruxelles in tema di agricoltura e alimenti).

The essay intends to analyse the main ways in which EC law affects criminal law in the agriculture and food field. The ways are: 1. *interpretation* (namely the attitude of EC law to influence the construction of criminal law); 2. integration (namely its attitude to complete criminal rules in various ways); **3.** *dis-application* (namely the capacity of EC law to inhibit the application of conflicting criminal rules); 4. *prescription of* ruleissuance (namely the obbligation by EC law to member-States to issue and apply rules sanctioning the violations of EC precepts).

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

COSTANZA BERNASCONI

LE TECNICHE DI COSTRUZIONE DELLE FATTISPECIE INCRIMINATRICI NEL DIRITTO PENALE AMBIENTALE ITALIANO.

Le fattispecie incentrate su elementi autorizzativi (*)

Sommario

1. Il «rinvio» al diritto amministrativo come caratteristica del dritto penale ambientale italiano. - 2. Normativa extrapenale e «accessorietà» del diritto penale ambientale. La tipologia delle fattispecie incriminatrici. - **3.** Le principali problematiche connesse alla tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice in materia ambientale. - 4. Le fattispecie che incriminano l'esercizio attività svolte in assenza del prescritto provvedimento autorizzativo. - 5. Le fattispecie che incriminano attività svolte in violazione delle prescrizioni contenute nel provvedimento autorizzativo.

i. *Il «rinvio» al diritto amministrativo come caratteristica del diritto penale ambientale italiano*

La prima caratteristica che un esame del diritto penale ambientale in Italia mette in luce sotto il profilo delle tecniche di costruzione delle fattispecie incriminatrici è rappresentata da una stretta e costante interazione nella descrizione del «tipo» tra fonti penali e norme di diritto amministrativo. Come è stato, infatti, anche di recente rilevato (1), salvo sporadiche ec-

---

(*) Testo dell'intervento tenuto a Kiel il 14 febbraio 1997, nell'ambito di un Seminario italo-tedesco in materia di diritto penale ambientale.

(1) M. CATENACCI, La tutela penale *dell'ambiente.* Contributo *all'analisi* delle nome penali a struttura «*sanzionatoria*», Padova, 1996, ***53.*** Nello stesso senso cfr., tra gli altri, **A.** FIORELLA, Ambiente e Diritto Penale in Italia, in Protection of tke environment and *penal* law (a cura di C. Zanghì), Bari, 1993, ***232.***

Per un'ampia disamina delle possibili relazioni configurabili tra diritto penale e diritto amministrativo nella tutela dell'ambiente cfr., inoltre, G. HEINE, *Elaboration* of Noms and Protection of the Environment, in Protection of tke environment and *penal* law, cit., in particolare 67 ss.

cezioni, non si riscontrano nel settore preso in esame norme incriminatrici che non rinviino il compito di puntualizzare il proprio ambito di operatività ad atti amministrativi o alle norme che disciplinano quest'ultimi. Sicché il diritto penale dell'ambiente si presenta come un complesso di fattispecie «aggregate»a complessi amministrativi di disciplina, secondo gli schemi tipici del *Verwaltungsstrafrecht* (2).

Tale particolarità della disciplina penale in materia ambientale costituisce verosimilmente il risultato dell'operare congiunto di due diversi fattori: da un lato, l'appartenenza del diritto penale ambientale italiano al diritto c.d. *complementare,* per sua natura connotato da una stretta compenetrazione tra diritto penale e diritto amministrativo; dall'altro lato, il carattere «compositivo» che la tecnica di tutela assume in forma decisamente rilevante in questo settore.

A fronte, infatti, dell'esistenza di un conflitto potenziale tra una molteplicità di interessi contrapposti (in particolare, sviluppo economico, da un lato, e difesa dell'equilibrio ecologico, dall'altro), il legislatore italiano ha adottato una strategia che, anziché assolutizzare la tutela di uno o più beni a discapito di altri, cerca piuttosto di ridurne la conflittualità, attraverso il ricorso a strumenti integrati di disciplina ed intervento (3). Sicché il raccordo tutela penale-tutela amministrativa sembrerebbe trovare la propria giustificazione nella necessità di presidiare efficacemente l'esercizio da parte della pubblica amministrazione sia di funzioni di controllo, sia di funzioni compositive. Per mezzo delle prime, organi tecnicamente qualificati perseguono l'obiettivo di contenere entro limiti accettabili i rischi insiti nell'esercizio di determinate attività socialmente rilevanti, ma potenzialmente lesive di interessi pubblici; per mezzo delle seconde, le autorità competenti cercano di comporre, appunto, le diverse esigenze che ruotano attorno ad una pluralità di interessi, tutti meritevoli di protezione, con la conseguente impossibilità di sancire a priori la prevalenza assoluta di uno di essi sugli altri, al fine di focalizzare sullo stesso una tutela incondizionata.

Risulta, dunque, più che mai evidente in tale settore la stretta interdipendenza che, di regola, sussiste tra beni e interessi meritevoli di protezione, da un lato, e selezione delle tecniche di tutela (e, conseguentemente, di costruzione della singola fattispecie incriminatrice), dall'altro. In linea generale, infatti, laddove sia possibile risolvere un conflitto di interessi in termini assoluti, sancendo la prevalenza esclusiva di un determinato bene sugli altri, e si ritenga tale bene meritevole di tutela penale, il legislatore

---

(2) Sull'«accessorietà» del diritto penale ambientale italiano nei confronti del diritto amministrativo cfr., tra gli altri, A. L. VERGINE, Ambiente nel diritto penale (tutela *dell'),* in *Dig.* disc. pen., vol. IX Appendice, Torino, 1995, 757 ss.

(3) Sul punto cfr., *amplius,* M. CATENACCI, La tutela penale, cit., in particolare 95 ss. Cfr., altresì, C. PEDRAZZI, Profili penalistici di tutela *dell'ambiente,* ne L'Indice pen., 1991, 619; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Corso di diritto penale, Milano, 1995, 184, 185.

può ricorrere a modelli «penalistici puri» (4). In tal caso, il paradigma normativo si incentra sul rapporto diretto tra la legge, che individua a priori quale sia l'interesse prevalente, ed il giudice chiamato ad accertare l'offesa nei confronti dello stesso (5); l'oggetto di tutela in tal caso non è mediato da alcuna valutazione di compatibilità relativa con altri interessi. Qualora, viceversa, la prevalenza di un interesse sugli altri non possa essere sancita a priori, è necessario rimettere la decisione del conflitto in concreto alla pubblica amministrazione, quale autorità dotata della qtialificazione tecnica necessaria ad effettuare valutazioni e riscontri specifici (6).

Ciò premesso, risulta evidente come la tutela dell'ambiente, in una visione realistica, non possa non essere inquadrata in una prospettiva di ampio respiro, che abbia di mira non solo l'assoluta purezza delle risorse naturali, ma anche un equilibrato contemperamento di esigenze contrapposte; esigenze connesse alla politica ecologica, alla politica di impresa, alla politica di sviluppo, ecc. (7). Sicché si affida alla P. A. la «gestione» del conflitto, attraverso la precisazione dei termini di prevalenza di un interesse sull'altro, e la sanzione penale interviene per tutelare le modalità legalmente prescritte per la soluzione dello stesso (8). Il paradigma legge-giudice si complica, quindi, con l'intervento dell'amministrazione, la quale esplica,

---

(4) D. PULITANÒ, La *formulazione* delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la *riforma* del codice, (a cura del CRS), Milano, 1987, in particolare 37 ss.

(5) T. PADOVANI, Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo, in *Cass.* pen., 1987, 673; ID., La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una *riforma* del codice (a cura del CRS), Milano, 1987, 95.

(6) In argomento cfr., per tutti e da ultimo, F.C. PALAZZO, Riserva di legge e diritto penale *moderno,* in *Studium* iuris, 1996, in particolare 278 ss.

(7) In tal senso cfr. G. FIANDACA - G. TESSITORE, *Diritto* penale e tutela *dell'ambiente,* in Materiali per una riforma del sistema penale, Milano, 1984, 36, 51; C. PEDRAZZI, op. cit., 619; A. GUSTAPANE, Tutela ambiente (dir. interno), in Enc. dir., vol. XLV, Milano, 1992, in particolare 422; S. PANAGIA, La tutela *dell'ambiente* naturale nel diritto penale d'impresa, Padova, 1993, 2; M. CATENACCI, Rapporti tra tecniche penali e amministrative nel sistema italiano di tutela *dell'ambiente,* in Protection of the environment and *penal* law, cit., 258 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, op. cit., 185.

Sottolineano, altresì, la difficoltà di fissare una chiara linea di confine tra adeguatezza e dannosità sociale di comportamenti, utili (perché, ad esempio, produttivi di beni), ma pericolosi (in quanto incidenti su equilibri ecologici fondamentali per la conservazione della vita sul pianeta)» M. CATENACCI - G. HEINE, La tensione tra diritto penale e diritto amministrativo nel sistema tedesco di tutela *del*l'ambiente, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1990, 921, 922.

(8) Cfr., in tal senso, T. PADOVANI, La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana, in Riv. it. dir. proc. pen. 1984, 958; ID., Il *binomio* irriducibile. La distinzione tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale, in *Diritto* penale in *trasformazione* (a cura di Dolcini e Marinucci), Milano, 1985, 451; ID., Delitti e contravvenzioni, in *Dig.* disc. pen., vol. III, Torino, 1989, in particolare 330 ss.; L. VERGINE, op. cit., 757.

con intensità e discrezionalità variabili, attraverso complessi procedimenti di regolamentazione, programmazione, composizione, il proprio potere decisionale in relazione agli interessi in conflitto (9).

È in particolare l'emergere e la progressiva espansione di nuovi «beni c.d. ad ampio spettro), o collettivi (quali, appunto, l'ambiente, il territorio, l'economia, ecc.) ad evidenziare, più in generale, l'esistenza di rapporti conflittuali tra interessi di natura diversa e, dunque, la necessità di ricorrere a forme integrate (amministrative-penali) di tutela (10). Astrattamente anche i suddetti beni potrebbero essere tutelati attraverso il ricorso a «modelli penalistici puri», ma una serie di considerazioni induce a ritenere che il collegamento tra sanzione penale, da un lato, e *attività di governo* della pubblica amministrazione, dall'altro, possa meglio garantire la coerenza ed efficienza del sistema. Tale tecnica legislativa, infatti, innanzitutto fa sì che le esigenze repressive si coordinino con l'esigenza di prevenire, fin dove possibile, l'insorgere di conflitti di interessi, attraverso il coinvolgimento di più soggetti nelle fasi di individuazione e realizzazione degli obiettivi di tutela (11); in secondo luogo, esso consente controlli più puntuali e mirati su singole situazioni concrete, nonché una gestione più flessibile degli interessi contrapposti. Viceversa, un indirizzo penalistico «puro» tenderebbe ad assolutizzare esigenze di tutela di determinati interessi a discapito di altri, ugualmente meritevoli di considerazione, e sconterebbe un inevitabile grado di astrattezza, inadeguato a realtà concrete sicuramente più complesse ed articolate, appunto, per l'operare congiunto di una pluralità di fattori diversi (12).

Del resto, così come non sembra possibile sganciare completamente la tutela penale da quella amministrativa, inopportuna sembrerebbe anche una rinuncia totale, nel settore preso in esame, alla sanzione penale ed il ricorso esclusivamente ai rimedi di cui la stessa amministrazione può disporre. E questo perché l'estrema rilevanza del bene «ambiente» sconsiglia una completa depenalizzazione delle attuali incriminazioni poste a protezione dello stesso; senza con ciò escludere, come si cercherà di chiarire, la problematicità, sotto diversi aspetti, delle tecniche normative caratterizzate da una spiccata *accessorietà* nei confronti di atti amministrativi.

In altri termini, se, da un lato, l'esigenza di apprestare al sistema di tutela una sufficiente efficacia general-preventiva e repressiva porta, per lo meno in taluni casi, a concepire la sanzione penale come componente irrinunciabile, dall'altro lato, vi è anche la consapevolezza dell'inidoneità dello strumento penalistico, autonomamente considerato, ad affrontare e risolvere i problemi che ruotano attorno a situazioni conflittuali nel senso sopra precisato. Pertanto, la stretta interdipendenza delle norme incriminatrici

---

(9) In argomento cfr., tra gli altri, R. BAJNO, La tutela penale del *governo* del *territorio,* Milano, 1980, 37 ss.

(10) Sul punto cfr., *amplius,* D. PULITANÒ, *op.* cit., in particolare 37 ss.

(11) M. CATENACCI, La tutela penale *dell'ambiente,* cit., 96.

(12) In questo senso cfr., per tutti, G. FIANDACA-G. TESSITORE, *op.* cit., 54.

da atti amministrativi riscontrabile nel settore preso in esame non rappresenta altro che il «risvolto»sul piano della tecnica normativa dell'esistenza di un irrinunciabile rapporto di interazione tra gestione-composizione dei conflitti e repressione delle attività illecite. Sicché, come è stato rilevato ([13]), il modulo di incriminazione di tipo «sanzionatorio», lungi dal costituire una «libera scelta» di politica legislativa, è necessario per garantire il coordinamento tra distinte sfere di tutela e costituisce una strada pressoché *obbligata* nella tipizzazione di taluni illeciti penali.

Nondimeno i modelli di incriminazione di tipo «sanzionatorio» nei confronti di atti e provvedimenti amministrativi, in questo come in altri settori dell'ordinamento, sono da tempo oggetto di critiche serrate, provenienti da più parti e coinvolgenti una molteplicità di profili diversi. Sotto il profilo della tecnica normativa, le perplessità più rilevanti concernono sicuramente la compatibilità con il principio della riserva di legge, da un lato, e con il principio di determinatezza, dall'altro, di norme che contengono, in misura più o meno evidente, «spazi in bianco», la cui concretizzazione è affidata a fonti diverse dalla norma incriminatrice. La stretta interazione tra diritto penale ed attività «di governo» della pubblica amministrazione determina, infatti, una partecipazione, quantitativamente e qualitativamente sempre più massiccia, di fonti diverse dalla norma incriminatrice alla definizione dei precetti penalmente sanzionati. Crescono, dunque, le norme penali «aperte»,caratterizzate da un tendenziale scollamento *topografico* tra precetto e sanzione, tra loro collegati attraverso clausole di rinvio espresse o tacite, e cresce l'utilizzo di elementi normativi di fonte amministrativa. Si evidenzia, in tal modo, sempre più l'esistenza di un conflitto, apparentemente insanabile, tra le esigenze sottese al riconoscimento di un principio di riserva assoluta in materia penale, dotato di rilievo costituzionale ex art. 25 Cost., da un lato, e, dall'altro lato, la complessità delle situazioni concrete in cui i vari interessi vengono in conflitto tra di loro, che esprime, viceversa, l'esigenza di regolamentazioni «decentrate», capaci di avvicinarsi, appunto, alla concretezza dei suddetti conflitti.

2. *Normativa extrapenale e «accessorietà» del diritto penale ambientale. La tipologia delle fattispecie incriminatrici*

Muovendo da tali premesse di carattere generale si può poi constatare come, semplificando al massimo, la tipologia delle incriminazioni poste dall'ordinamento italiano a tutela dell'ambiente, e caratterizzate in misura rilevante dalla suddetta «accessorietà» nei confronti della normativa extrapenale presupposta, ruotino essenzialmente attorno a quattro diversi modelli.

([13]) M. CATENACCI, La tutela penale *dell'ambiente,* cit., 125.

In primo luogo vi sono fattispecie che incriminano la violazione di minute regolamentazioni, per lo più di natura tecnica, contenute in normative extrapenali di settore, attraverso il meccanismo delle «clausole sanzionatorie finali» o attraverso forme di rinvio esplicite od implicite. In tal caso lo schema dell'incriminazione potrebbe essere il seguente: «è punito chi non ottempera alle disposizioni contenute nell'art. *X*» (cfr., ad esempio, l'art. 25, comma 7, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, in tema di tutela della qualità dell'aria, il quale punisce chiunque *contravviene all'obbligo previsto nel comma 5 dell'art. 13;* l'art. 21, comma 2, della legge 10 maggio 1976, n. 319, in tema di tutela delle acque — così come modificata dalla legge n. 17211995 — che punisce chi *non ottempera alle disposizioni di cui all'art. 25).*

Ad un secondo modello è possibile ricondurre, invece, le fattispecie che incriminano il superamento di limiti di scarico, emissione, ecc., indicati dalla stessa fonte da cui promana la descrizione del fatto tipico, ma modificabili, col ricorrere di talune condizioni, ad opera di fonti subordinate, di volta in volta indicate come competenti a variare il contenuto delle tabelle in cui sono elencati gli indici di tollerabilità. In simili ipotesi il contenuto della norma, generalmente, così si articola: «è punito chi non rispetta i valori limite fissati nella tabella *X*» (cfr., ad esempio, gli artt. 24, comma 5, e 25, comma 3, d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203; l'art. 21, comma 3, l. 31911976).

In terzo luogo, sono frequenti nell'ambito del diritto penale ambientale fattispecie che incriminano l'esercizio di attività potenzialmente inquinanti in assenza della prescritta autorizzazione amministrativa. Lo schema dell'incriminazione è il seguente: «è punito chi esercita l'attività X senza la relativa autorizzazione» (cfr., ad esempio, gli artt. 25 e 26, d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, in materia di smaltimento dei rifiuti; l'art. 24, comma 1, d.P.R. n, 20311988; l'art. 21, comma l, l. 31911976).

Infine, vi sono fattispecie che sanzionano l'inosservanza delle prescrizioni contenute in provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa. Per lo più si tratta della violazione del contenuto degli atti autorizzativi, preventivamente rilasciati per l'esercizio di determinate attività (cfr., ad esempio, l'art. 27, d.P.R. n. 915/1988; l'art. 25, comma 2, d.P.R. 20311988).

3. *Le principali problematiche connesse alla tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice in materia ambientale*

Una caratteristica tendenzialmente comune a tutte le diverse *species* di incriminazioni in tal modo delineate è rappresentata dal fatto che, per lo più, la compiuta puntualizzazione della situazione d'obbligo descritta dalla singola fattispecie richiede un inevitabile coordinamento-integrazione tra una pluralità di norme, talvolta addirittura contenute in fonti diverse da quella che enuncia l'ipotesi di reato, le quali vengono idealmente a ricomporsi ad unità, operando sinergicamente ai fini del «completamento» del nucleo precettivo della fattispecie. Sicché, in tali ipotesi, anche qualora il

fatto di reato risulti integralmente descritto dalla fonte a ciò deputata, la tecnica normativa in esame, inattaccabile sotto il profilo della riserva di legge, solleva generalmente notevoli perplessità sotto diversi profili, che concernono, più in generale, il meccanismo del «rinvio».Nel momento in cui, infatti, il legislatore opta per una tecnica di costruzione della fattispecie incrirninatrice caratterizzata dalla *scissione* del nucleo precettivo in diverse disposizioni, si perseguono sicuramente rilevanti esigenze di «economicità», volte a contenere il numero delle norme giuridiche, ma spesso si creano poi, sul piano applicativo, rilevanti difficoltà esegetiche che, oltre a pregiudicare, talvolta, la trasparenza della norma, costringono comunque l'interprete ad una difficile opera di ricostruzione della fattispecie, mediante una sorta di «assemblaggio» di più parti distribuite in diverse disposizioni (14), in taluni casi neppure perfettamente coordinate tra di loro. Senza dimenticare, poi, come la stratificazione legislativa e la formulazione caotica, che spesso caratterizza molte delle fattispecie penali in materia ambientale legate a presupposti normativi di natura extrapenale, si traduce spesso in una vertiginosa caduta della tassatività, difficilmente compatibile con le riconosciute esigenze garantiste sottese alla stessa, con inevitabili e rilevanti ripercussioni anche sotto il profilo della conoscibilità della norma.

A ciò si aggiunga la circostanza che a fronte di una generalità di ipotesi in cui la puntualizzazione degli elementi necessari a delineare compiutamente le condotte assoggettabili a sanzione penale è rimessa esclusivamente a norme di legge, vi sono anche taluni casi in cui la disciplina legislativa non è affatto esaustiva, ma, anzi, lasci ampi margini di discrezionalità all'autorità amministrativa, cui è, talvolta, affidato il compito di riempire «spazi in bianco», più o meno rilevanti, attraverso fonti di natura subordinata.

In queste ipotesi, per valutare la compatibilità delle fattispecie, di volta in volta prese in considerazione, con il principio della riserva di legge sarà necessario verificare se il rinvio che la norma penale effettua a fonti subordinate rimanga effettivamente contenuto nell'ambito dei confini della *c.* d. *specificazione tecnica* di elementi del reato già descritti dalla legge, o se, viceversa, incida, di fatto, sul *significato di disvalore* dell'illecito.

Preliminare a tale valutazione è l'individuazione di indicazioni di massima a carattere generale contenute nella stessa legge che pone l'incriminazione; indicazioni che spetta, poi, agli organi amministrativi attuare attraverso norme, appunto, di specificazione. Una cosa, infatti, è l'*individuazione del criterio tecnico* (e non la sua mera specificazione), cui la norma penale si richiama per la formulazione della fattispecie; altra cosa è la *determinazione in via deduttiva* della portata della categoria tecnica affidata

(14) F. C. PALAZZO, Tecnica legislativa e *formulazione* della *fattispecie* penale in una recente circolare della presidenza del Consiglio dei Ministri, in Cass. pen., 1987, 244. Sul punto cfr., altresì, F.C. PALAZZO, Legge penale, cit., 358 ss.

all'esecutivo (15). Mentre la prima non potrebbe essere rimessa a fonti subordinate alla legge, se non a costo di sacrificare irrimediabilmente le esigenze garantiste sottese al principio di stretta legalità in materia penale, la seconda si rivela nell'attuale stadio di evoluzione del nostro ordinamento giuridico indispensabile per assicurare una certa flessibilità dello stesso, soprattutto in taluni settori della legislazione speciale, come quello preso in esame, caratterizzati da complessità tecnica e bisognosi di continuo aggiornamento.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il legislatore prevede la possibilità che l'individuazione o adeguamento dei limiti entro cui si ritiene possa essere tollerata l'immissione nell'ambiente di determinate sostanze potenzialmente inquinanti sia rimessa a fonti subordinate, di volta in volta indicate come competenti. In simili casi, infatti, la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere ammissibile tale contributo delle fonti sublegislative, in quanto le scelte di penalizzazione sono state già interamente compiute dal legislatore, e all'autorità amministrativa è attribuita soltanto una funzione di integrazione in chiave di *specificazione tecnica* dei limiti di tollerabilità, in relazione al progresso delle conoscenze, ma all'interno del quadro preventivamente tracciato dal legislatore stesso.

Tuttavia, in relazione ad altre ipotesi riscontrabili nell'ambito del diritto penale ambientale italiano le perplessità sotto tale profilo sembrano maggiori. Se, infatti, talvolta i criteri tecnici, la cui specificazione viene rimessa all'esecutivo, risultano chiaramente delineati in sede legislativa, altre volte il meccanismo del «rinvio a catena))rischia di occultare delle situazioni in cui vengono rimesse alla pubblica amministrazione, non solo valutazioni tecniche in senso stretto, ma scelte «*caratterizzanti*», anche sotto il profilo politico, la fisionomia dell'illecito.

Senza tener conto che, come già anticipato, anche la tassatività potrebbe risultare sotto certi profili compromessa dal fatto che il cittadino medio incontra generalmente notevoli difficoltà nell'individuare le diverse fonti normative dalle quali dipende la configurazione degli estremi del reato.

4. *Le fattispecie che incriminano attività svolte in assenza del prescritto provvedimento autorizzativo*

Tutto ciò premesso, si può poi riscontrare come il modello di criminalizzazione di gran lunga prevalente (16), nel quale peraltro la tecnica

(15) Sul punto cfr., *amplius*, F. BRICOLA, Teoria generale del reato, in Noviss. *Dig.* it., vol. XIX, Torino, 1973, 42 ss. Più di recente cfr., altresì, S. PANAGIA, La tutela *dell'ambiente*, cit., nota 9, p. 65.

(16) In questo senso cfr., per esempio, G. FIANDACA - G. TESSITORE, op cit., 29 ss.; R. BAJNO, Ambiente (tutela *dell') nel* diritto penale, in *Dig.* disc. pen., vol. I, Torino, 1987, in particolare 120 ss.

normativa risulta più vistosamente caratterizzata dalla «dipendenza» del diritto penale da presupposti giuridici extrapenali, è sicuramente rappresentato dall'incriminazione di attività compiute senza la prescritta autorizzazione amministrativa o in violazione delle prescrizioni in quest'ultima contenute.

Nonostante il ricorso alla tecnica di tutela incentrata sull'assenza *di provvedimenti amministrativi di natura autorizzativa* sia ormai molto frequente nel nostro ordinamento, e non solo nel settore dei reati ambientali, si deve comunque registrare, sui problemi coinvolgenti la tecnica di formulazione della fattispecie (se si esclude il problema specifico concernente la compatibilità con il principio di tipicità-tassatività dell'equiparazione, ai fini della sussistenza del reato, provvedimento illegittimo- provvedimento assente), un minor interesse della dottrina nei confronti di tali categorie di fattispecie rispetto a quelle incentrate sulla violazione di prescrizioni contenute nei suddetti provvedimenti. E ciò, nonostante che il riferimento effettuato dalla fattispecie alla mancanza dell'autorizzazione implichi inevitabilmente un'intersezione tra la norma penale e talune disposizioni extrapenali che, oltre a stabilire cosa debba intendersi tecnicamente per *autorizzazione,* specificano spesso altri importanti elementi necessari per definire puntualmente l'obbligo di farsi autorizzare. Sicché è possibile che si verifichino anche in relazione a tali fattispecie violazioni al principio di legalità, sotto i profili della tassatività e della riserva di legge, in particolare nelle ipotesi in cui l'integrazione coinvolge, in via diretta o in via mediata, fonti sublegislative.

Il problema maggiormente dibattuto in relazione alle fattispecie incentrate sull'esercizio di determinate attività in assenza del prescritto provvedimento amministrativo autorizzativo, è, comunque, quello relativo all'individuazione del ruolo assunto dall'atto amministrativo nella struttura oggettiva della fattispecie; tanto che, soprattutto in passato, numerose tesi sono state elaborate per raggiungere soluzioni appaganti sul punto([17]).

Le tesi che parrebbero dotate di maggior consistenza sono, in buona sostanza, due: da un lato, quella che assegna all'autorizzazione il ruolo di

---

([17]) Per un'ampia ed articolata rassegna delle posizioni assunte dalla dottrina su tale tema, in relazione ai diversi settori caratterizzati dalla presenza di fattispecie così costruite, cfr. A. PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza. In particolare delléwore su legge extrapenale,* in *Riv. giur. ed.,* 1959, II, in particolare 54 ss.; N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1976, 774 ss.; ID., *Lo scarico di rifiuti industriali senza autorizzazione: struttura oggettiva e soggettiva dell'illecito di cui all'art. 9, T.U. 1931, n. 1604,* in *Ind. pen.,* 1976, 157 ss.; R. VILLATA, *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale,* Milano, 1980, in particolare 137 ss.; A. CADOPPI, *La natura giuridica della «mancanza dell'autorizzazione nella fattispecie penale: riflessi in tema di errore,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 1990, 363 ss.

causa di giustificazione, con la funzione di legittimare un fatto *ab origine* penalmente vietato; dall'altro lato, quella che individua nel provvedimento autorizzativo un *elemento costitutivo positivo del fatto tipico,* indispensabile per l'individuazione del comportamento vietato. Attualmente la dottrina maggioritaria sembra essersi assestata quasi unanimemente su questa seconda soluzione interpretativa, osservando come il fatto tipico preso in considerazione dalle fattispecie in esame, così come risulta descritto nel nostro ordinamento, non coincida semplicemente con l'esercizio di una determinata attività *sic et sempliciter* (quale può essere, ad esempio, lo smaltimento di rifiuti), bensì con l'esercizio di quella stessa attività in *assenza di autorizzazione.* Quest'ultimo estremo, dunque, non potrebbe rimanere al di fuori della fattispecie, in quanto requisito fondante l'illiceità penale del fatto. Si comprende, allora, come la circostanza di aver ottenuto il prescritto prowedimento autorizzativo, lungi dal far ritenere giustificato il fatto, ne escluda la stessa esistenza. Del resto, la ragione per cui il legislatore ha elevato il requisito della mancanza del provvedimento amministrativo autorizzativo ad elemento della tipicità potrebbe, forse, essere ricercata nell'esigenza di dare *consistenza* al dolo di tali reati che, per lo meno in taluni casi, hanno ad oggetto il compimento di condotte sostanzialmente «neutre» quanto a disvalore. Sicché, in tale prospettiva, il richiedere ai fini della sussistenza del dolo che il soggetto si sia rappresentato ed abbia voluto, non solo la condotta tipica, ma anche il requisito dell'assenza dell'autorizzazione potrebbe, almeno in certa misura, compensare la *povertà strutturale* del fatto.

Nonostante la convergenza di opinioni volte ad individuare nell'assenza di autorizzazione un elemento costitutivo del fatto tipico, talune divergenze permangono, tuttavia, in relazione all'individuazione del tipo di elemento costitutivo che la mancanza di autorizzazione verrebbe ad integrare.

Secondo un primo orientamento, infatti, si potrebbe ravvisare nel mancato ottenimento del prescritto prowedimento abilitativo della pubblica amministrazione una *frazione della condotta tipica* del reato, considerando parimenti rilevanti nella descrizione della fattispecie tanto la condotta attiva dello svolgimento di una determinata attività, quanto la condotta omissiva del mancato ottenimento, appunto, dell'autorizzazione [18]. Si verrebbero così a configurare delle ipotesi di *reato c.d. «misto di azione e di omissione»,* in quanto il precetto, da un lato, *proibirebbe* l'effettuazione di un'azione (lo svolgimento di una data attività), dall'altro lato, *imporrebbe* l'effettuazione di un'azione (l'ottenimento, cioè, dell'autorizzazione).

Secondo un diverso orientamento, invece, sarebbe possibile individuare nella mancanza del provvedimento autorizzativo un *elemento (positivo) del fatto tipico, costruito negativamente;* una componente, cioè, che deve man-

---

[18] A. CADOPPI, *op. cit.,* 372.

care perché la fattispecie possa dirsi realizzata (19). Nell'ambito di tale prospettiva, poi, taluno specifica ulteriormente la tipologia di siffatto elemento costitutivo, riconducendo la stessa alla categoria dei *presupposti della condotta* (20).

Qualunque sia l'impostazione alla quale si ritenga di aderire, non parrebbe, comunque, contestabile la circostanza che l'atto amministrativo autorizzativo sia una componente della fattispecie, descritta attraverso il ricorso ad un *elemento di carattere normativo,* in quanto la nozione di «autorizzazione» può essere pensata solo «sotto la logica presupposizione» di una o più norme diverse da quella incriminatrice. Infatti il significato «tecnico» di autorizzazione può essere desunto unicamente dal complesso normativo che, in sede extrapenale, disciplina, di volta in volta, le singole attività il cui l'esercizio è, appunto, subordinato ad un preventivo atto di consenso dell'autorità competente. Sicché il riferimento ad una o più norme extrapenali, automaticamente richiamate dall'elemento normativo della fattispecie, contribuisce, come già anticipato, all'esatta individuazione del fatto tipico descritto dalla stessa.

5. *Le fattispecie che incriminano attività svolte in violazione delle prescrizioni contenute nel provvedimento autorizzativo*

Con le fattispecie incentrate sulla violazione del contenuto del provvedimento autorizzativo il legislatore intende reprimere l'inosservanza di quanto la pubblica amministrazione ritiene di dover imporre come condizione necessaria per l'esplicazione di una determinata attività. L'autorità di volta in volta indicata come competente al rilascio del prowedimento autorizzativo, infatti, generalmente non si limita a verificare in che modo lo svolgimento di determinate attività dei privati possa influire sulla tutela del bene «ambiente», allo scopo di assentire o meno l'attività stessa, ma arricchisce tale verifica attraverso l'esercizio di uno specifico *potere prescrittivo;* sicché l'atto permissivo assume un contenuto articolato, attraverso la previsione, appunto, di una apposita parte prescrittiva. Ne consegue

---

(19) Cfr. tra gli altri, G. RICCOMAGNO, L'inquinamento del mare e *l'art.* 15 della l. 14 luglio 1965, n. 963, in Giur. it., 1972, II, 593; N. MAZZACUVA, cit., 793; R. BAJNO, Contributo allo studio del bene giuridico nel diritto penale «*accessorio*»: l'ipotesi urbanistico-ambientale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 131; ID., La tutela penale del governo del *territorio,* Milano, 1980, 16; P. PATRONO, Inquinamento industriale e tutela penale *dell'ambiente,* Padova, 1980, 88; R. VILLATA, op. cit., 140.

(20) A. PECORARO ALBANI, op. *cit.,* 62; D. PULITANÒ, *Illiceità* espressa e *illiceità* speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 77; G. GRASSO, Considerazioni in tema di *errore* su *legge* extrapenale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, 163; T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile,* cit., 451; M. PETRONE, op. cit., 73.

che il ventaglio di disposizioni che possono concorrere nella formulazione del contenuto dell'atto autorizzativo può essere anche estremamente ampio e rappresenta, probabilmente il momento più significativo dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione di quel potere di «governo» delle situazioni conflittuali, che confluisce nel rilascio della singola autorizzazione.

La fissazione di specifiche prescrizioni a carico del destinatario dei prowedimenti autorizzativi risponde generalmente a peculiari esigenze di carattere tecnico inerenti al singolo caso di specie e svolge la funzione di puntualizzare obblighi di cautele ed accorgimenti anche ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge o dai regolamenti in materia.

Dal punto di vista penale, simile tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice, che è sostanzialmente riconducibile a quella utilizzata in genere dal legislatore per apprestare tutela ad ordini e provvedimenti della pubblica autorità, ha da sempre sollevato nell'ordinamento italiano notevoli perplessità il relazione alla compatibilità della stessa con il principio di legalità in materia penale. Assai controverso, infatti, si rivela proprio il ruolo delle prescrizioni, la cui violazione integra gli estremi del reato, nella struttura della fattispecie incriminatrice.

L'inammissibilità, dal punto di vista della riserva assoluta di legge, di simile tecnica di costruzione della fattispecie, già sostenuta con forza in passato, è stata anche recentemente ribadita per lo meno da una parte della dottrina. Apparentemente, infatti, il potere legislativo parrebbe, in simili ipotesi, omettere la caratterizzazione sostanziale dell'illecito e rimettere la stessa all'autorità di rinvio, la quale si troverebbe, pertanto, investita del potere di stabilire ciò che è penalmente illecito e ciò che, invece, non lo è.

Una corretta impostazione del problema impone, dunque, che si verifichi preliminarmente se le prescrizioni contenute nell'atto amministrativo autorizzativo integrino effettivamente esse stesse il nucleo precettivo della disposizione penale, secondo lo schema tipico della «norma penale in bianco», come da taluno sostenuto; o se, viceversa, il prowedimento costituisca semplicemente il presupposto della condotta penalmente rilevante, senza svolgere alcuna funzione di integrazione normativa della fattispecie. Solo, infatti, nel primo caso, laddove cioè si ravvisi realmente un fenomeno d'integrazione, si potrà ragionevolmente porre un problema di compatibilità con il principio della riserva di legge e sarà, pertanto, necessario verificare se ed entro quali limiti simile tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice sia conforme alle esigenze sottese al principio di legalità nella sua dimensione costituzionale.

Pur scontando inevitabili imprecisioni e semplificazioni, i termini della questione possono comunque essere così sintetizzati.

Parte della dottrina ritiene che, nelle ipotesi in cui le norme penali sanzionano in genere l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità, il precetto penale sia costituito proprio dalle prescrizioni amministrative contenute nei suddetti provvedimenti, sicché la disposizione sanzionatoria presente-

rebbe, indiscutibilmente, le caratteristiche strutturali tipiche delle «norme penali in bianco)). Nell'ambito, poi, di tale prospettiva comune, che individua nel provvedimento amministrativo il contenuto precettivo della norma, una parte degli autori ha prospettato, sia pure talvolta solo in forma dubitativa, l'incostituzionalità di simile tecnica normativa (21); altra parte ha, invece, tentato di far salva la legittimità costituzionale di tali «norme in bianc o attraverso l'individuazione di meccanismi e di accorgimenti idonei a tutelare il destinatario della norma dai pericoli di un uso arbitrario della minaccia penale da parte dell'autorità amministrativa e, dunque, in grado di salvaguardare la ratio politico-garantista (22) della riserva di legge, desumibile dall'art. 25, comma II, Cost. e connessa al monopolio normativo del Parlamento in materia penale.

In relazione all'individuazione di tali equivalenti *funzionali* della riserva di legge, si osserva, la stessa giurisprudenza costituzionale ha da tempo (23) fornito importanti indicazioni per valutare i profili di costituzionalità del rapporto di integrazione tra *norma* penale-prowedimento *amministrativo*, awallando il criterio della «determinatezza dei poteri amministrativi di integrazione del precetto». Tale criterio, infatti, richiedendo la preventiva fissazione dei caratteri, presupposti, contenuto e limiti» dell'atto amministrativo richiamato dalla norma in bianco, consentirebbe, ad avviso della Corte, di riconoscere anche le componenti essenziali del precetto, con conseguente riduzione dei margini di creatività della fonte non legislativa richiamata; sicchè, a tale condizione, la «norma in bianco» potrebbe ritenersi compatibile con il carattere assoluto della riserva di legge e, quindi, costituzionalmente legittima.

Altra parte della dottrina muove, invece, da posizioni radicalmente diverse in relazione alle fattispecie incentrate sulla violazione di ordini o prowedimenti amministrativi, ritenendo che le stesse non pongano alcun problema di integrazione, in quanto in simili ipotesi il legislatore introdurrebbe, nella prospettiva tecnica propria delle fonti del diritto, una figura

---

(21) Cfr., per esempio, M. SINISCALCO, Inosservanza dei *provvedimenti* dell'autorità, in Enc. dir., Vol. XXI, Milano, 1971, 668 ss.; F. BRICOLA, Teoria generale, cit., 42; CARBONI, L'inosservanza dei prowedimenti dell'autorità, Milano, 1970; F. C. PALAZZO, Legge penale, cit., 355. Nella manualistica cfr., per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 1995, 56, 57.

(22) Sulla ratio di garanzia propria della riserva di legge in materia penale cfr. *amplius* e per tutti F. BRICOLA, Teoria generale, cit., in particolare 39 ss.

(23) Cfr,, in particolare, Corte costituzionale 14 giugno 1990, n. 282. Per un esame di tale sentenza alla luce dei principi generali vigenti in materia penale nel nostro ordinamento cfr., per tutti, G. VASSALLI, I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica, in Riv. it. dir. proc. *pen.,* 1991, 718 ss. In argomento cfr., altresì, F. ALBEGGIANI, Riserva di *legge* e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio, in Foro it., 1991, 3021 ss.; G. VICICONTE, Nuovi orientamenti della *Corte* Costituzionale sulla vecchia questione delle norme «*in bianco*», in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 996 ss.

criminosa «chiusa», che non attende un quid aggiuntivo sullo stesso livello della previsione normativa penale (24). E ciò perché, laddove il riferimento sia a singole prescrizioni concrete individuali (e a queste soltanto), sarebbe fuorviante parlare di norma in bianco, in quanto da tale tipologia di disposizioni non ci si dovrebbe aspettare alcun ruolo creativo aggiuntivo nella configurazione formale del reato. L'obbligo penale, in altri termini, risulterebbe già compiutamente descritto in forma generale ed astratta dalla proposizione normativa e il singolo ordine o provvedimento non rappresenterebbe altro che l'attualizzazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa, senza svolgere alcun ruolo precettivo nella descrizione dell'illecito. In altre parole: se requisito imprescindibile per l'attribuzione della nota di integratività è la natura generale e astratta della proposizione di cui si debba tenere conto, poiché l'unica in grado di apportare un contributo alla creazione del «tipo» di reato, sarebbe errato ravvisare un fenomeno di integrazione in relazione ad una situazione d'obbligo che sorga da una norma concreta e individuale, quale può essere, appunto, un provvedimento o un ordine dell'autorità. In simili ipotesi si rimarrebbe, piuttosto, sul terreno di un rapporto tra previsione astratta e generale di una figura criminosa e singola concretizzazione; sicché l'unico problema che potrebbe eventualmente porsi è quello relativo al rispetto del principio di tassatività in relazione alla previsione della fattispecie astratta.

A ciò si aggiunga il fatto che a favore di tale tipologia di norme militano, per lo meno secondo parte della dottrina, alcune esigenze connesse, appunto, alle peculiarità delle materie disciplinate, che richiedono interventi tecnici particolareggiati e differenziati a seconda delle diverse specifiche situazioni concrete; sicché, l'attribuzione ad organi dotati di qualificazione tecnica della funzione di formulare prescrizioni indirizzate a determinati soggetti (e la comminatoria da parte del legislatore di una sanzione penale per la loro violazione) consentirebbe di conseguire risultati di particolare efficacia in termini di tutela del bene protetto.

---

(24) M. ROMANO, *La repressione dell'attività antisindacale. Profili penali,* Milano, 1974, in particolare 157 ss., nonché *Commentario sistematico di diritto penale,* II ed., Milano, 1995, 37 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976, 317 ss.; G. DE VERO, *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose (Contravvenzioni),* in *Dig. disc. pen.,* vol. VII, Torino, 1993, 79 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie,* Padova, 1993, 267 ss.; C. PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo,* in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni* (a cura di E. Dolcini - T. Padovani - F. C. Palazzo), Milano, 1994, 130.

ABSTRACT

L'Autore affronta le principali problematiche connese alla tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice nel diritto penale ambientale, con particolare riferimento ai punti di tensione delle stesse con i principi di riserva di legge e tassatività.

The author tackles the main problems connected to the construction technique of the incriminating case in point in environmental criminal law, with particular reference to the points of tension with the principles of lagality and explicitness.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI **(1997)**

LAURA CALAFÀ

RELAZIONI SINDACALI IN AGRICOLTURA: IL «LABORATORIO» EMILIA ROMAGNA (1)

Sommario

1. Presentazione della ricerca. - **2.** L'agricoltura e la struttura dell'occupazione emiliano-rornagnola. - **3.** Vecchi o nuovi problemi d'identità del sindacato in agricoltura?. - **3.1.** Gli sviluppi del modello organizzativo militante e di quello assistenziale. - **3.2.** Organizzazione e contrattazione. - **3.3.** Mercato del lavoro ed organizzazione sindacale.

1. *Presentazione della ricerca*

Questa ricerca è animata da un obiettivo ambizioso: quello di creare un quadro ragionato delle modifiche che il settore agricolo ha vissuto negli ultimi anni, e continua tuttora a vivere, al fine di dimostrare che le stesse sono idonee a riflettersi anche sulle dinamiche dell'organizzazione e dell'attività sindacale.

Già dieci anni fa, Mario Ricciardi in un suo bel libro dedicato a «Lavoro e sindacati in agricoltura., aveva sottolineato come nel corso di un'indagine sull'attività dei sindacati in agricoltura occorre più volte soffermarsi sulle vicende produttive e sociali dell'agricoltura stessa. «L'attenzione verso questi problemi nasce(...) dalla consapevolezza che la conoscenza dello 'scenario' circostante i rapporti sindacali in agricoltura è essenziale per interpretarne la dinamica: che, insomma, le caratteristiche peculiari del sindacalismo bracciantile e delle sua azione discendono, in qualche misura, dalle caratteristiche dell'ambiente in cui esso è nato e cresciuto»(2).

---

(1) Questo paper costituisce il risultato di una ricerca svolta per conto dell'Ires dell'Emilia Romagna su iniziativa della Flai regionale e presentata a Bologna il **30** ottobre 1997.

(2) RICCIARDI M., Lavoro e sindacati in agricoltura, Franco Angeli, Milano, **1988.**

È su un aggiornamento di queste interrelazioni tra condizioni «ambientali» e sindacato, piuttosto che su una mera dimostrazione della loro esistenza, del resto già più volte raggiunta, che vuole soffermarsi la presente ricerca; la limitazione del campo d'indagine all'Emilia-Romagna non diminuisce l'interesse per i risultati raggiunti dato che questa regione da sempre rappresenta un vero e proprio «laboratorio» d'idee e d'iniziative in tema di intervento sindacale in agricoltura.

La scelta del termine «laboratorio» per la costruzione del titolo non è, quindi, affatto casuale: indica che le scelte e i percorsi della Flai-Emilia Romagna si pongono tendenzialmente controcorrente rispetto al quadro generale d'intervento della stessa categoria nazionale.

Le sfide, tutt'altro che indolori, awiate sui temi della gestione degli enti bilaterali, della contrattazione e dei meccanismi di creazione della rappresentanza dei lavoratori si pongono in quest'ottica.

Quel filo sottile che crea connessioni tra vicende solo apparentemente separate cui abbiamo accennato, già s'intravede nella traccia fornita per le interviste, cui si sono gentilmente sottoposti i responsabili provinciali della Flai nella scorsa primavera. Lo schema di questioni da trattare rispecchia, però, solo a grandi linee il percorso lungo il quale le articolate conversazioni si sono snodate; l'ampio margine di libertà che le ha caratterizzate ha consentito, infatti, ad ogni interlocutore di focalizzare spontaneamente l'attenzione sui problemi che più direttamente interessano la realtà territoriale di provenienza. Questi incontri si sono rivelati anche delle proficue occasioni per sondare gli umori degli addetti ai lavori nei confronti dei più recenti avvenimenti e delle modifiche, anche legislative e non solo contrattuali, in corso d'opera nel settore. Il riferimento al capitolo della previdenza in agricoltura, da questo punto di vista, appare doveroso.

Già da questi primi passaggi risulta chiaramente il metodo prescelto per svolgere la ricerca. Ad una prima fase dedicata appunto alle interviste dei responsabili provinciali (Bologna, Reggio Emilia, Parma, Piacenza, Modena, Forlì, Ferrara, Ravenna e , per l'autonomia loro riconosciuta, Imola e Cesena) ([3]), ne è seguita una seconda, volta ad una loro elaborazione, supportata dai numerosi materiali forniti dagli stessi interessati ed integrata da altre fonti estremamente utili che saranno via via indicate nel prosieguo della ricerca ([4]).

In questo rapporto non s'intende ripercorrere tutti gli argomenti trattati in maniera approfondita, anche perché i dati forniti non sono perfettamen-

([3]) Un discorso a parte va effettuato per Rimini. che, per il ruolo veramente esiguo dell'attività agricola, ha inviato solo materiali.

([4]) La traccia di discussione è stata divisa in tre sezioni: la prima dedicata alla ricostruzione del contesto produttivo e territoriale, la seconda ai connotati della manodopera e il mercato del lavoro in agricoltura; la terza, infine, alle organizzazioni sindacali e contrattazione collettiva in agricoltura.

te comparabili; del resto, soprattutto sul tema del mercato del lavoro agricolo, esistono numerose ricerche a carattere locale che non s'intende, in questa sede, dar conto (5).

Si ritiene molto più proficuo impostare dei ragionamenti e delle catene argomentative complesse a partire da nodi emersi nelle singole conversazioni, che a loro volta forniscono la mappa completa di una serie di progetti coraggiosi e di una volontà reale di modificare la rappresentanza e l'organizzazione, di contrattualizzare le relazioni sindacali in agricoltura, almeno fin dove è possibile. È proprio l'individuazione di questo limite che risulta particolarmente difficile; rappresenta, del resto, il confine esatto tra la fattibilità e la mera velleità di modifica del contesto generale delle relazioni sindacali in agricoltura.

Gli aspetti privilegiati dai singoli interlocutori consentono di individuare immediatamente il punto dolente o di forza, a seconda dei casi, dei singoli territori analizzati, senza ricavarlo per induzione da una serie arida di dati. Gli approfondimenti rispecchiano, del resto, l'evoluzione storico-sociale dello stesso territorio consentendo nel contempo di ricostruirla.

Da una valutazione obiettiva della situazione della provincia di Ferrara l'aspetto privilegiato non poteva che essere quello della la gestione del mercato del lavoro (6). Soprattutto nel Basso ferrarese la tensione occupazionale è abbastanza forte e gli sbocchi per la manodopera, almeno quelli ufficiali, e non solo dell'agricoltura, sono veramente esigui. Di tutt'altro tenore i problemi e le questioni poste dai responsabili Flai di Parma, Piacenza, Modena e Reggio Emilia: province che costituiscono delle vere e proprie oasi di tranquillità occupazionale grazie anche all'inserimento nei circuiti produttivi del Parmiggiano Reggiano e del Grana Padano. Anche a Bologna e nella cintura cittadina, al cui interno includiamo anche Imola, non si registrano particolari problemi di eccedenza di offerta di manodopera agricola rispetto alla domanda. È lo spirito cooperativo, vero o solo presunto, ad animare invece il versante romagnolo: gli allevamenti e l'ortofrutta, di grandi e piccole dimensioni trovano a Forlì, Cesena e Ravenna un ambiente collaudato ad ospitarli.

Dall'effettuare una valutazione complessiva non ci si può, comunque, esimere. Tutti gli interlocutori si sono dimostrati non solo degli attenti conoscitori del sistema agricoltura nel loro territorio di riferimento, ma altresì si sono rivelati animati dalla consapevolezza dell'importanza di un nuo-

---

(5) Si tratta delle ricerche *Mercato del lavoro in agricoltura: tendenze e fenomeni nella provincia di Reggio Emilia. Triennio* 1988-1990, a cura di G. FORNACIARI; *Dimensione occupazionale dell'agricoltura a Parma negli anni* 90, a cura di P.G. GHIRARDINI; *Mercato del lavoro in agricoltura nella provincia di Ferrara; Statistiche sul mercato del lavoro in provincia di Modena,* Bollettino n. 14/1996; ricerche della CCIAA di Forlì e della Camera del lavoro di Ravenna e Piacenza.

(6) Il progetto Agriwork conferma tali affermazioni.

vo approccio ai problemi del lavoro agricolo. Al riguardo, sono da considerare sia le attenzioni dimostrate nei confronti delle situazioni economico-finanziarie delle controparti, o la mera vocazione a conoscerle, associate alla formulazione di una serie di proposte che, in modernità, superano abbondantemente quelle dei datori di lavoro e delle loro organizzazioni. Superano, infatti, la riduttiva impostazione della flessibilità occupazionale vista come unica leva da manovrare per rimanere in un mercato sempre più globale, selettivo e competitivo, cui occorrono soprattutto innovazione e sperimentazione.

Questi fattori, complessivamente valutati, possono far concludere che la gestione della CGIL nel territorio emiliano-romagnolo oggi risulta tutt'altro che di retroguardia e che sono stati, in buona parte, superati quegli atteggiamenti massimalistici che in passato l'avevano porta a compiere scelte anche miopi.

Oggi difficilmente si scambiano processi di ristrutturazione Zabour-saving con smobilitazioni tout cour e viene dimostrata una maggior capacità di cogliere le potenzialità delle trasformazioni produttive pur se non dissociata dalla consapevolezza che possono anche non essere sempre positivi i riflessi occupazionali. In sostanza, non si valuta tutto, come ne1 dopoguerra, attraverso il filtro dell'inesorabile declino dell'attività agricola (7): da questo punto di vista l'ottimismo manifestato è nettamente superiore a quello dei datori di lavoro.

Nonostante tutte le differenze riscontrate nelle interviste e legate alle singole realtà territoriali, alcuni nodi si sono rivelati ricorrenti. Sono quelli legati, del resto, a problemi comuni, come gli effetti nefasti causati ovunque dal perverso rapporto tra disciplina del mercato del lavoro e sistema previdenziale, sia per ciò che concerne i trattamenti di disoccupazione (sulla cui necessità di modifica sono tutti d'accordo) sia per ciò che riguarda il trattamento pensionistico. Di non minore importanza, e a questo primo fattore considerato direttamente legato, è anche la folta presenza di pensionati tra i lavoratori in «nero» o «grigio», a seconda dei casi.

Un altro nodo, forse il più importante, è legato all'atteggiamento da assumere nei confronti della gestione del mercato del lavoro; il dilemma ricorrente è quello di una eventuale gestione diretta del collocamento della manodopera e, in caso di risposta positiva, se ed in quali limiti questa possa incidere sulla struttura e sull'organizzazione sindacale. L'importanza della soluzione del dilemma si ricava da due fattori: il primo è rappresentato dal fatto che questa scommessa rappresenta probabilmente la vera sfida del futuro prossimo; il secondo dipende dall'inevitabilità dell'apertura del confronto con il passato e con i giudizi espressi sulla bontà delle scelte effettuate dal legislatore in quasi cinquant'anni di interventi riformatori pressoché falliti e accettati quasi supinamente dal sindacato.

---

(7) Si sofferma su questo passaggio RICCIARDI, Lavoro ..., *cit.*, **p. 37.**

Questo particolare e scottante capitolo fa risorgere, con tutto il suo peso come dimostra in particolare la situazione ravennate, quell'eredità ancora tutta da liquidare rappresentata dall'attività e dal ruolo delle leghe, definite da Guido Crainz come quel «movimento collettivo che non ha eguali nella storia d'Europa»([8]). Del contesto generale di quell'esperienza (omogeneità, ideologia, egualitarismo) non è rimasto pressoché nulla, se non quella finalità da soddisfare rimasta vieppiù insoddisfatta: quella di un efficiente ed equo rapporto con il mercato([9]).

Si è scelto di impostare ragionamenti complessivi, quindi, a partire da dati che si considerano come acquisiti; occorre a questo punto chiarire di quali dinamiche si tratta. Il percorso problematico-argomentativoprende awio da alcune considerazione generali in tema di agricoltura emiliano romagnola e fisionomia del lavoro ivi prestato per affrontare, in seconda battuta, i problemi d'identità del sindacato dei lavoratori del settore. Il secondo dilemma, strettamente legato al primo delle dinamiche gestionali del mercato del lavoro, è quello che vede il sindacato in agricoltura in bilico tra il consolidamento della sua specificità di sindacato di servizi e la riconquista della fisionomia di sindacato che contratta, almeno in questo regione dove esistono tutte le condizioni che consentono di farlo. Nella catena problematica, l'anello successivo è quello dei rapporti tra centro e periferia dell'organizzazione sindacale nell'ambito della confederazione. Non senza importanza appaiono, in questo contesto di rapporti, le suggestioni che arrivano dai principi del rispetto delle diversità nell'ambito di una omogeneità di fondo tipica delle organizzazioni federaliste.

2. L'agricoltura e *la* struttura dell'occupazione *emiliano-romagnola*

Pur qualificandosi genericamente come agricoltura industriale, quella dell'Emilia Romagna presenta diverse specificità, che non sono solo relative all'incidenza di strutture di trasformazione e di servizi collegati ai prodotti agricoli, alle colture e alla conformazione dei vari territori, ma riguardano anche le stesse forme di conduzione delle aziende agricole, la propensione all'associazionismo dei loro titolari, le dimensioni e le stesse caratteristiche della manodopera utilizzata (prevalenza o meno del lavoro femminile; presenza di lavoratori extracomunitari; vicinanza a zone turistiche; professionalità richieste e così via)([10]).

([8]) CRAINZ G., Padania, Donzelli, 1994, p. 185.

([9]) CRAINZ G., Padania, cit., p. 116.

([10]) Dati sulla manodopera agricola ex legge n. 240, distinti tra Oti (96), Otd (93) e Ds (94). Piacenza 577, 4.429 *e* 1.628; Parma 838, 2.298 e 601; Reggio Emilia 2.261, 5.848 e 1.047; Modena 2.360, 9.378 e 3.392; Bologna 1.149, 7.472 e 3.327; Ferrara 846, 13.134 e 7.396; Ravenna 882, 11.573 e 6.654; Forlì 1.432, 11.548 e 7.524. Gli Oti in totale sono 10.345, gli Otd sono 65.510, mentre i Ds 31.569. Su un totale di 107.424 solo 1/10 sono lavoratori a tempo indeterminato. Anche se i dati non sono omogenei, rimane un rapporto indicativo.

Lo stesso sviluppo di certi tipi di produzioni rispetto ad altre, del resto, ha delle radici profonde, come dimostra il considerevole ruolo dell'allevamento avicolo nelle zone del forlivese, eredità chiaramente riconducibile alla gestione mezzadrile del terreno.

Poco sopra si era accennato alla modifica delle tesi sindacali dei problemi in agricoltura e come tale modifica abbia trovato conferma nelle interviste. Tutte hanno evidenziato, infatti, la necessità di una trasformazione della struttura produttiva. Vi è una sostanziale approvazione delle scelte di aggregazione delle strutture produttive e di ricornposizione fondiaria.

Sull'opinione e sull'atteggiamento nei confronti delle politiche dei datori di lavoro agricoli in passato si sono registrate le maggiori tensioni e differenze tra Federbraccianti e Fisba, condite da polemiche su un collateralismo oggi più difficile da individuare. Questo cambiamento di prospettiva della Flai oggi tende ad avvicinare le politiche complessive delle due federazioni; è lontano quel periodo, che dagli anni 50 fino all'inizio degli anni 70, vedeva da una parte il maggior ottimismo «sul futuro dell'agricoltura e (...) fiducia nella politica governativa da parte della Fisba», e dall'altro la Federbraccianti animata da un «pessimismo cupo» e dalla convinzione che qualunque cosa facciano «governo ed imprenditori sia sbagliato e si risolva in danno per i lavoratori e per il paese»([11]).

È dalla crisi del sistema produttivo degli anni Ottanta che la Federbraccianti dedica più «attenta e articolata considerazione» ai «processi di mutamento in corso in una parte sempre più ampia dell'agricoltura, e si fa strada la consapevolezza che i problemi agricoli» di quegli anni «non possono essere affrontati con il semplicismo un po' rozzo che ha caratterizzato le analisi di questo sindacato».

Se la parola d'ordine a partire dagli anni Sessanta era modernizzazione, quella che circola alle soglie del terzo millennio, con sempre più insistenza e non solo tra gli addetti ai lavori, è ricerca della qualità. Ed ora come allora coinvolge in primo luogo l'agricoltura c.d. capitalistica.

Che il termine «qualità» abbia più di un significato e spesso possa essere usato a sproposito ([12]), non toglie che sia la sintesi delle politiche più attuali che richiedono che venga innescata una spirale virtuosa tra sperimentazione, innovazione, prestazioni di manodopera specializzata e formata.

([11]) RICCIARDI M., Lavoro..., cit., p. 112.

([12]) CAROZZA A., Riflessioni preliminari sulla qualità dei prodotti agricoli, in Rivista di diritto agrario, 1993, p. 38; l'autore parla di una vera e propria, infondata, apologia della qualità, della quale giunge a delinearne un concetto per via analitica, individuando una serie di fattori che genericamente intervengono a fornirgli uno spessore. Questi fattori sono quelli che si riferiscono alla sicurezza nell'uso dei prodotti agricoli, al grado delle prestazioni nutrizionali, ai fattori organolettici, alla facilità di reperibilità, d'uso, di conservabilità. Da ultimo aggiunge anche la riconoscibilità, diventata elemento sempre più importante.

Dall'altra parte, quella dei datori di lavoro, la creazione delle associazioni dei produttori è il fenomeno che va valutato con più attenzione, dato che rappresenta una delle risposte alla modifica organizzativa richiesta dallo sviluppo della specializzazione e della concorrenza che ha più probabilità di stabilizzarsi in futuro ([13]).

Nella gestione dell'agricoltura negli ultimi anni è cambiato:

- supporto politico e finanziario;
- il rapporto di forza con gli altri settori;
- l'integrazione comunitaria e la globalizzazione;
- i connotati del datore di lavoro agricolo e delle sue organizzazioni,
- l'innovazione tecnologica e la sperimentazione;
- un importanza sempre più spiccata della commercializzazione dei prodotti e della grande distribuzione;
- i caratteri della manodopera.

La modifica del processo produttivo e dei caratteri della manodopera sono due processi paralleli: il primo è all'insegna della selezione delle imprese marginali e il secondo, invece, della riduzione dell'area del lavoro dequalificato.

Pur senza riportare i singoli e puntuali dati sulla manodopera agricola nella regione Emilia-Romagna, che si danno per acquisiti, se ne descriveranno solamente le collaudate dinamiche. Queste sono la diminuzione del lavoro dipendente, la diminuzione ancora più netta del numero di OTI, maggiore rispetto alla diminuzione, pur sempre marcata, degli OTD; tra questi ultimi, aumento visibile del numero di lavoratori che non raggiungono i minimi previsti dalla legge per ottenere l'indennità di disoccupazione (i c.d. speciali); se non prevalenza, almeno eguale rappresentazione tra lavoro maschile e femminile, con una specificazione: gli OTI sono per la totalità uomini; per le donne vale ancora il discorso del salario aggiuntivo, quindi il loro ruolo marginale viene confermato come si conferma l'aumento della presenza dei lavoratori extracomunitari.

([13]) Il grado di conoscenza della struttura, delle finalità e dei procedimenti di riconoscimento delle associazioni dei produttori è inversamente proporzionale all'uso che solitamente si fa di tale locuzione. Alcune parole meritano al riguardo di essere spese, soprattutto per chiarire che queste associazioni non perseguono attività di tipo sindacale. Una valutazione obiettiva delle funzioni ad esse assegnate vuoi dalla legislazione comunitaria (reg. 1360178, modificato da ultimo dal reg. 698193) che da quella italiana (legge 674/78 e legge 88/88), inducono però a considerare come labile questa distinzione in quanto tra le funzioni c.d. normative (compiti esercitati per i propri iscritti da parte dell'a.p.a.) potrebbero arrivare ad essere comprese. Le altre funzione esercitate sono invece dette operative in quanto riguardano i compiti di commercializzazione dei prodotti dei soci. V. al riguardo Russo L., Le associazioni dei produttori agricoli e gli accordi interprofessionali, in Trattato breve di diritto agrario comunitario, Cedam, Padova 1994, p. 585.

3. *Vecchi o nuovi problemi d'identità del sindacato in agricoltura?*

La finalità immediata di questa parte della ricerca è legata all'individuazione dei problemi dell'organizzazione sindacale; a questa se ne aggiunge una ulteriore: quella di riuscire nel contempo a valutare se questi sono veramente nuovi problemi d'identità e non diverse espressioni di vecchi e solo accantonati problemi, nella realtà mai superati.

Sulle scelte organizzative del sindacato confederale si è soffermato Pietro Ichino, nel suo recente libro su *Il lavoro e il mercato* (14). Egli scrive che il «sindacato confederale tende, per sua stessa natura, a farsi difensore della parte più debole e meno qualificata dei lavoratori. Sennonché, per assolvere meglio questa sua funzione essenziale esso deve saper tutelare anche gli interessi della parte più forte: saper essere mediatore efficace tra gli interessi degli uni e degli altri per potersi proporre come rappresentante di tutti e non soltanto come associazione della 'fascia bassa'. Questo comporta una attenta (ri)definizione da parte del sindacato dei propri obiettivi strategici e degli strumenti per raggiungerli, nonché il compimento di scelte organizzative che non penalizzino gli interessi e la partecipazione dei lavoratori professionalmente più qualificati e quindi più produttivi)).Se si predilige, invece, il rafforzamento dei soli «legami di solidarietà tra i deboli (...), la loro posizione ne risulta, nel complesso, ulteriormente indebolita» (15).

Pur non soffermandosi sulle ulteriori considerazioni effettuate da questo autore, che richiederebbero ben maggiori approfondimenti visto che propone una rivalutazione completa del ruolo del contratto individuale, riportare questo *incipit* consente di sintetizzare il problema di fondo in cui paiono dibattersi i sindacati in agricoltura in Emilia Romagna nella ricerca di una politica organizzativa in grado di traghettarli verso l'anno 2000. Quello del rapporto preferenziale tra lavoratori più o meno deboli, che si rispecchia, del resto, nella stessa scelta dei modelli organizzativi del sindacato agricolo.

Per comprendere il modello attuale dell'organizzazione sindacale in agricoltura, occorre ripercorrere, seppur brevemente i caratteri di quelli che si sono succeduti in passato. La periodizzazione prescelta è quella ormai classica delle relazioni sindacali, non solo in agricoltura (16).

Già a partire dall'immediato dopoguerra si è consapevoli delle differenze che esistono tra relazioni «industriali» dell'agricoltura e quelle degli altri settori: nel primo settore mancano, in effetti la concentrazione ope-

---

(14) ICHINO P., Il lavoro e *il* mercato, Mondadori, Milano 1996.

(15) Ichino P., IL Lavoro ..., cit., p. 30 e 31.

(16) I passaggi principali sono ricavati dalla ricostruzione effettuata da Ricciardi M., Lavoro ..., cit., a partire da pagina 33.

raia e forse la stessa esistenza della classe operaia di tipo industriale, sostituite da una serie di caratterizzazioni che anche oggi sono quasi ovunque ricorrenti:

a) frammentazione aziendale;
b) precariato e stagionalità diffusa;
c) etereogeneità delle organizzazioni produttive e del lavoro.

La struttura contrattuale del settore, in quel periodo, era articolata con un livello nazionale (rappresentato dai patti collettivi per salariati fissi, braccianti ed impiegati che stabilivano norme generali valide per tutto il territorio nazionale) e da una contrattazione provinciale che aveva il compito di regolare il salario; la contrattazione provinciale era estremamente eterogenea e ciò dipendeva dallo stato dei rapporti sindacali esistenti nelle varie zone del paese. I1 rapporto tra contratto provinciale e patto nazionale era regolato nel seguente modo. Il patto nazionale medesimo prevedeva che sue norme venissero recepite dai contratti provinciali stipulati successivamente; in caso contrario, la norma sarebbe stata applicata direttamente alle singole parti (dopo un certo e variabile periodo).

Non va dimenticato, comunque, che anche se negli anni 50 la Federbraccianti, in condizione di vero e proprio monopolio nelle aree padane, era un sindacato ideologico e conflittuale, ma capace di pragmatismo nel momento della firma degli accordi. Per ciò che concerne la contrattazione provinciale è interessante già da ora ricordare quella che Ricciardi ha qualificato «linea Gotica»: patti ad impronta nettamente migliorativa al Nord, rispetto al contratto nazionale, mentre al Sud gli accordi erano prevalentemente in linea con il contratto nazionale.

È la precarietà dei lavoratori, quindi, la ragione fondante la scelta di spendere buona parte delle energie nella tutela delle quote deboli. Ciò è avvenuto in due modi: pressione sul potere politico al fine di ottenere discipline di tutela (disoccupazione, controllo sindacale del mercato del lavoro, ...); assistenza individuale ai lavoratori. Sono due aspetti nati e cresciuti insieme; man mano che il consolidamento di questa coppia aumentava, diminuiva il grado di conflittualità, che era notevolmente elevata soprattutto nelle zone dove alta era la concentrazione dei partiti di sinistra ([17]).

Oggi l'ambiente, da questo punto di vista, è veramente meno caldo, ma il calo della carica ideologica ha iniziato a manifestarsi già negli anni Sessanta: si registra, infatti, in questo periodo, il «declino del 'modello' sindacale fortemente ideologizzato presente a livello territoriale ed assente nei luoghi di lavoro, autore di una politica rivendicativa rivolta all'unità di classe piuttosto che alla valorizzazione delle differenze esistenti tra i lavoratori» ([18]).

([17]) **Ricciardi M.,** *Lavoro* ..., cit., p. **37.**
([18]) **Ricciardi M.,** *Lavoro* ..., cit., p. 75.

Continuando con le osservazioni formulate da Ricciardi va riportato che «Il modello sindacale che nasceva (...) era plasmato sulle problematiche dei settori industriali, più attenti ai piccoli/grandi problemi dei posti di lavoro, meno ideologizzato, sensibile ai problemi della forza-lavoro più qualificata professionalmente». L'esportazione nel settore agricolo di un simile modello non poteva essere automatica e, nei fatti, non lo è stata. «Il sindacalismo agricolo rimase (...) più ideologizzato, forzatamente meno presente nelle aziende, più strettamente legato alla dimensione individuale-assistenziale dei suoi 'confratelli' dell'industria».

La modernizzazione del contesto produttivo registratasi in quegli anni avrebbe richiesto una maggiore decisione nel perseguire un cambiamento organizzativo. I1 travaglio iniziò, però, proprio con difficoltà enormi di finanziamento e di sostentamento conseguenti alla riduzione «dei grandi numeri))di tesserati che ipotecò le scelte future.

«Come spesso accade in questi casi, il nuovo si affiancò al vecchio in maniera apparentemente non conflittuale», ma finanziamento e difficoltà di sostentamento nate dall'adozione di un «modello proletario», conseguenti alla politica di tesseramento dei grandi numeri, non esisteva più. Lo stesso non può dirsi per l'attività della Fisba, invece, che si è sempre caratterizzata per la rappresentanza degli interessi individuali dei lavoratori agricoli, dando vita ad un «modello sindacale basato piuttosto sullo 'scambio' politico che sulla contrapposizione con i governi, e sull'assistenza individuale ai lavoratori che sulle mobilitazioni collettive» ([19]).

Se il momento di svolta non vi è stato dal punto di vista del modello sindacal-organizzativo, per ciò che concerne la contrattazione collettiva, era il periodo dello sviluppo della contrattazione articolata.

In agricoltura la frammentazione aziendale e la diffusione del lavoro stagionale costituiscono ostacoli insormontabili alla diffusione di questa modalità di avvicinamento datore di lavoro e sindacati. A ben vedere, in questo periodo, non era la contrattazione aziendale che i sindacati volevano valorizzare, ma cercavo piuttosto il «rafforzamento della contrattazione nazionale, per garantire a tutti i lavoratori agricoli condizioni salariali e normative omogenee»([20]). Bisogna non dimenticare che questa è una caratterizzazione tipica della linea della Federbraccianti (valorizzazione del contratto nazionale), a contrario della Fisba definita al riguardo come la 'pioniera' del decentramento contrattuale e sostenitrice del salario produttività.

Gli anni Settanta hanno visto il modificarsi della struttura organizzativa e delle relazioni reciproche di tutti i sindacati. Questi rilievi riguardano, però, i settori diversi dall'agricoltura, nei fatti appena sfiorata da un miglioramento dei rapporti tra Federbraccianti e Fisba. Inoltre la «struttura

---

([19]) RICCIARDI M., *Lavoro* ..., cit., p. 76.
([20]) RICCTARDI M., *Lavoro* ..., *cit.*, p. 85.

organizzativa dei sindacati agricoli non ha subito (...) quei mutamenti profondi, altrove connessi alla creazione di nuove forme di rappresentanza *plant level,* e il sogno di conquistare una stabile ed estesa presenza organizzativa almeno nelle aziende più grandi si è realizzato solo parzialmente))([21]) e del resto si ripropone immutato anche oggi.

3.1. *Gli sviluppi del modello organizzativo militante e di quello assistenziale*

Le trasformazioni dei sindacati italiani, nel tempo, sono dipese quindi da vari fattori: il livello di cooperazione con le altre strutture sindacali (alla rissa degli anni Settanta si possono contrapporre i recenti tentativi, se non di dar vita all'unità sindacale, almeno ad un coordinamento) ([22]), dal numero di adesioni, dalla forza mostrata nel conflitto, dalla capacità di mobilitazione dei lavoratori, da considerare come test di forza.

Gli elementi tradizionali da valutare ai fini della costruzione di un quadro completo dell'attività e delle relazioni sindacali, sono quindi rappresentati dalla quantità e qualità della adesioni, dalla capacità di mobilitare i lavoratori ([23]) e dalle relazioni con le federazioni delle altre organizzazioni sindacali.

Pur se con grande approssimazione, sono tre i modelli che un composito articolato di questi elementi, con l'aggiunta comunque di ulteriori, può dar vita: il modello organizzativo militante, quello assistenziale, con più o meno ampie integrazioni contrattuali, tali da renderlo più o meno simile al sistema dell'industria, che rappresenta il terzo modello.

Dal dopoguerra ad oggi si sono succeduti vari modelli di organizzazione sindacale: a partire da quello militante, la cui vitalità si è esaurita in tempi abbastanza brevi (anni 50). Lo caratterizzava un' elevata sindacalizzazione, un'intensa partecipazione attiva dei braccianti alla vita e alle lotte promosse dal sindacato. La militanza era determinata, quindi, da motivi ideali e d'identità ([24]).

Il modello organizzativo assistenziale inizia a svilupparsi negli anni 60, con caratteristiche anche oggi inconfondibili. Bassa sindacalizzazione —

([21]) RICCIARDI M., *Lavoro ...,* cit., p. 109.

([22]) V. intesa quadro «Regole per i rapporti tra Fisba, Flai, Uila» e il patto unitario Fisba-Flai-Uila per la costituzione delle Rsu in agricoltura, entrambi sottoscritti in data 24 luglio 1996.

([23]) I dati sulla conflittualità confermano che il contributo alle lotte sindacali è estremamente ridotto da parte di quei lavoratori agricoli che si risolvono in *welfere* clients, anche se per una lettura più corretta, occorrerebbe distinguere tra scioperi aziendali, della categoria, confederali o politici. Dai dati forniti dalla Flai regionale emerge che le ore di sciopero per il rinnovo dei contratti provinciali di lavoro, nell'ultimo biennio, sono state 4, solo a Ferrara. Nei restanti territori si è rinnovato il contratto senza alcuna ora di sciopero.

([24]) RICCIARDI M., *Lavoro ...,* cit., p. 227.

ridotta partecipazione dei lavoratori alla vita e all'attività del sindacato, crescente ricorso dei braccianti al sindacato come mediatore-erogatore di risorse assistenziali — stretto rapporto tra queste forme di erogazione e l'adesione al sindacato.

Il modello assistenziale è diffuso soprattutto nelle regioni meridionali, ma questa settorizzazione geografica non è per niente appagante. Come hanno dimostrato le stesse interviste effettuate, anche nelle zone più ricche ed attive vi è una forte caratterizzazione assistenziale. Questa qualifica è oggi trasversale, dal punto di vista geografico, e ben interiorizzata dalle stesse strutture sindacali; cambia solo la dose di capacità contrattuale che si accompagna a questa connotazione assistenziale, ma che comunque non è idonea ad eliminare.

In questo modello, «la vita sindacale consiste principalmente nello scambio tra l'assistenza prestata dal sindacato al lavoratore in campo previdenziale e la corresponsione della quota sindacale. Il rapporto tra individuo e organizzazione, per lo più, si esaurisce qui, senza tradursi in partecipazione costante all'attività sindacale» ([25]).

Questo tipo di aggregazione può dipendere da due ragioni: la prima è la carenza d'iniziativa sindacale; la seconda è legata all'identità socio-professionale degli aderenti al sindacato (la capacità di mobilitazione per fini sindacali dei lavoratori, oggi, dipende dalla fisionomia dei lavoratori interessati: anche se molto approssimativamente, una base prevalentemente femminile, con una percentuale in aumento di cittadini extracomunitari, tra il 30% e il 50% dei salariati in totale lavora in agricoltura meno di 51 giornate durante l'anno, di medio-bassa professionalità dimostra una bassa capacità di mobilitazione). La Fisba è considerata la federazione-pioniera di questo modello sindacale ([26]). Per completare la descrizione occorre ricordare che le adesioni passive al sindacato, sono meno immediatamente spendibili nell'azione rivendicativa

Un altro modello, che possiamo sinteticamente chiamare di stampo pseudo-industriale o rivendicativo, risulta connesso a questo assistenziale puro. L'adesione dei lavoratori dipende da un insieme di fattori che vanno dai servizi prestati, alle ragioni di carattere ideologico, alla possibilità di ottenere vantaggi sul terreno contrattuale partecipando all'attività sindacale.

Sono due, quindi, i dati che vi incidono in maniera determinante: il dato ideologico e quello della continuità. Quest'ultimo si manifesta in numerosi fattori strutturali:

- presenza estesa di lavoratori a tempi indeterminato;
- minore incidenza dei fenomeni migratori tra la manodopera;
- assetto del mercato del lavoro caratterizzato da un'offerta di lavoro spesso inferiore alla domanda, soprattutto per quanto riguarda la forza lavoro a più alta qualificazione professionale([27]).

([25]) **Ricciardi** *M., Lavoro ..., cit.*
([26]) **Ricciardi** M., *Lavoro ..., cit.*, **p.** *228.*
([27]) **Ricciardi** M., *Lavoro ..., cit.*, **p.** *120.*

Che tra i due 'modelli' appena tratteggiati esistano contatti è evidente, soprattutto in una regione, come la nostra, dove più marcate sono le caratteristiche di stabilità e di scarsa tensione dell'offerta di lavoro. Per Ricciardi questi contatti hanno un effetto positivo a livello generale. Da un lato, d'ampio numero di adesioni raccolte dai sindacati bracciantili nelle regioni meridionali costituisce (...) una risorsa per tutta l'organizzazione e non soltanto per le 'leghe' del Sud. D'altro canto la capacità di mobilitazione rivendicativa dei sindacati del Nord non procura vantaggi soltanto ai lavoratori delle regioni centrosettentrionali, ma ai braccianti di tutto il paese: il processo di centralizzazione negoziale registratosi recentemente nel settore (con il progressivo irrobustirsi della contrattazione di categoria a spese della autonomia della contrattazione provinciale) può essere interpretato anche come mezzo per utilizzare a vantaggio di tutti i lavoratori agricoli una forza rivendicativa tuttora concentrata in zone relativamente ristrette del paese» ([28]).

Se quest'ultima affermazione è sicuramente da condividere e rappresenta un'anticipazione delle considerazioni che saranno formulate nel prossimo paragrafo sul rapporto organizzazione e contrattazione in agricoltura, sull'ottimismo della prima si potrebbe, invece, dubitare.

Non pare dar conto di due fattori molto importanti:

- gli effetti che un simile peso è idoneo a produrre sulla politica agricola della Federazione e della Confederazione nazionale;
- le dinamiche perverse che si instaurano tra il modello assistenziale e quello industriale.

Nel corso delle interviste questo secondo ordine di conseguenze è emerso più volte. La casistica è la più varia. Comprende, soprattutto, contrattazioni individuali in frode alla legge, rese appetibili dal sistema dei trattamenti di disoccupazione per scaglioni e aggravate dall'alibi fornito dalla legge n. 240; produce lavoro nero e flessibilità incontrollabile e non contrattabile dai sindacati stessi.

È interessante ricordare, in questa sede, quello che è emerso da una intervista ([29]): nel lungo periodo un sistema così strutturato è controproducente perché indebolisce il sindacato, anche se è favorito, nell'immediato, dal punto di vista finanziario.

I caratteri dei modelli oggi sono quindi mescolati o, meglio, dal raccordo tra la descrizione dei caratteri ed il testo delle interviste emerge che in Emilia Romagna si è dato vita ad un risultato che possiamo definire ibrido, in quanto differente, ma nel contempo simile a tutti i modelli di partenza considerati.

([28]) RICCIARDI M., *Lavoro ..., cit.*, p. 120.
([29]) Si tratta dell'intervista a Manicardi della Flai di Reggio Emilia.

Da questo insieme di considerazioni si trae conferma che è certa solo la scomparsa del primo (quello militante), con la scomparsa delle condizioni che lo giustificavano: omogeneità, forza contrattuale, ragioni ideologiche. Tutto il resto è molto difficile da afferrare e soprattutto da ricomporre in un sistema ordinato degno di essere chiamato modello. Appare, piuttosto, come si è indicato nel titolo e nella presentazione, una sorta di «laboratorio» sperimentale di idee (rappresentanze di bacino, finanziamento della sicurezza sul lavoro attraverso le gestioni degli enti bilaterali, ...). Il modello caratterizzante, come scrive Ricciardi, è comunque quello del sindacato dell'industria, con una ancora larga importanza delle ragioni ideologiche (30).

Ciò non toglie che non basti più, oggi, affermare che l'Emilia Romagna è una zona del paese «dove il sindacalismo bracciantile ha un'antica tradizione di presenza e di lotte, e un insediamento stabile e articolato nelle campagne». C'è un passaggio di un intervista che va al riguardo sottolineato: laddove si afferma (31) che saltando la generazione, e oramai ne sono saltate anche più di una, è saltata la forma organizzativa. È sempre meno vero, infatti, che la «articolazione in leghe comunali e di frazione, caratteristica, fin dalle origini, del sindacalismo bracciantile, corrisponde all'esigenza dei sindacati di essere presenti nelle campagne in modo stabile e capillare», è sempre più raro che le «sedi comunali del sindacato» costituiscano «oggi la struttura portante delle organizzazioni bracciantili» (32).

Le testimonianze raccolte nel corso dell'indagine concordano tutte su di una elevatissima perdita d'importanza delle attività di proselitismo e propaganda ai lavoratori, su di una certa automatica e rituale abitudine a contattare la base con le classiche modalità, ma senza riscuotere grande successo. Come già si era sottolineato circa dieci anni fa, «l'impulso dato all'attività di assistenza individuale ai lavoratori, basata sulla periodica domanda di consulenza tecnico-burocratica che proviene dai braccianti in coincidenza con le principali scadenze imposte dalla normativa sul collocamento, previdenziale, fiscale, costituisce un altro (forse il più importante) dei mezzi usati dal sindacato per rinsaldare il rapporto con la base».

Dispersione della forza lavoro, instabilità occupazionale, mobilità territoriale, invecchiamento della base — creano due ordini di problemi: quello del proselitismo che abbiamo appena valutato e quello dell'incentivazione all'identità di gruppo.

In questi due sfaccettature del medesimo problema si manifestano le influenze ambientali del lavoro in agricoltura. Le uniche certezze acquisite sono che le risposte del passato non sono più sufficienti e che il grado di

---

(30) RICCIARDI M., *Lavoro ..., cit.*, p. 119.
(31) Intervista a Paolo Valentini, Flai Forlì.
(32) RICCIARDI M., *Lavoro ..., cit.*, p. 227.

dipendenza dei sindacati dall'assistenza è molto alto. Quest'ultimo dato, soprattutto, è quello che consente di valutare la fattibilità del superamento di una qualunque formula organizzativa con agganci all'assistenza.

Il modo più semplice per verificare il rapporto tra adesioni sindacali e *welfare clients* è quello di valutare l'incidenza delle deleghe che provengono dalla d.s. agricola sul totale degli iscritti. Questo dato indica anche il tasso di fragilità che dimostrano e il tasso di rischio che si assumono i sindacati quando effettuano proposte in linea con il superamento dell'organizzazione puramente assistenziale del sindacato stesso in agricoltura. Si è scelto di analizzare la situazione specifica della provincia di Modena perché questa rappresenta una delle realtà più dinamiche dell'intera regione e quindi idonea ad offrire l'immagine più ottimistica.

LAVORATORI ISCRITTI FLAI
(OPERAI AGRICOLI SETTORE PRIVATO ANNO 1995)

	OTI	OTD
Parma	307	255
Reggio Emilia	676	242
Modena	1.649	375
Bologna	1.941	79
Ferrara	5.609	263
Imola	478	32
Ravenna	2.840	117
Forlì	922	7
Cesena	875	?
Rimini	154	22
Piacenza	600	210
totale iscritti Flai	16.051	1.602

1996	TOT COMPARTO AGRICOLO	TOT COMPARTO ALIM.
Parma	616	4.096
Reggio Emilia	1.138	2.273
Modena	2.551	3.569
Bologna	2.127	1.834
Ferrara	6.237	1.814
Imola	955	145
Ravenna	5.563	1.632
Forlì	1.340	844
Cesena	3.822	198
Rimini	229	549
Piacenza	834	635
totale iscritti Flai	25.412	17.589

FLAI-CGIL ANNI 1994-1995 D.S. AGRICOLE

Parma	299
Reggio Emilia	564
Modena	1840
Bologna (+ Imola)	1794
Ferrara	4682
Ravenna	4926
Forlì (+ Cesena; + Rimini)	3630
Piacenza	526
Totale d.s agricole Flai-Cgil	**18.261**

A partire dai dati forniti da **Modena,** risulta possibile capire il legame tra compilazione della domanda di disoccupazione e tesseramento sindacale dei lavoratori a tempo determinato, ed inferirne alcune considerazioni generali (lo stesso procedimento applicato ad ogni diversa realtà territoriale è idoneo a produrre, infatti, i medesimi risultati, che variano solo per il numero di lavoratori coinvolti nel calcolo).

Gli avviati in provincia di Modena (settore attività agricoltura): anno 1988 — 19.195; anno 1995 — 16.841 (calo di 2.354 unità avviate). Di questi 16.841, 10.004 sono uomini (50,40%), mentre 6.837 sono donne (49,60%).

Totale OTD iscritti Flai, comparto agricolo — anno 1995: 2.709 (di cui 1.373 donne — 50,68%).

Di questi, 1.649 hanno una delega d.s. agricoltura (61%), 843 hanno una delega aziendale (31%) e 217 hanno una tessera finale b.manu (8%).

D.S. agricola — anno 1995 (liquidazione 1996): 1.648. Di questi 1.648, 850 superano le 151 giornate lavorative (52%), 459 arrivano a 101 e 236 rimangono a quota 236. Il residuo (103 persone)

Alla fine del 1996 i lavoratori iscritti (per il comparto agricolo) risultano essere 2551, ripartito tra tutti i tipi di delega (calo di 158 unità; circa il 6%) di cui 1373 donne (dato invariato).

Il dato dell'incidenza della compilazione delle domande di disoccupazione sul tesseramento si ricava, quindi, confrontando i dati della compilazione presentati dai diversi patronati e il numero di lavoratori iscritti sindacato, nel caso di specie la Flai.

Anche da un'analisi così approssimativa, emerge con tutta evidenza come le prospettive di un completo superamento della formula organizzativa assistenziale siano veramente velleitarie; più realistica appare la prospettiva di una convivenza con alcuni elementi distorsivi corretti. Prima o poi occorrerà assumersi la responsabilità di proporre una modifica dei termini della legge n. 240; del resto l'Emilia Romagna è una delle regioni (se non l'unica) ad esserne così direttamente interessata altri

elementi distorsivi da correggere sono i trattamenti di disoccupazione come tutte le altre formule presuntive di calcolo dei trattamenti previdenziali che impoveriscono il sistema regolativo del lavoro agricolo.

Per concludere può ricordarsi che i diversi percorsi seguiti nell'elaborazione della ricerca hanno risposto alla medesima finalità: analizzare, sezionare, capire il problema dell'organizzazione sindacale in agricoltura oggi.

Tutti gli altri settori produttivi si stanno preparando ad affrontare il problema della precarietà: occorrerebbe chiedersi, a questo punto, se d'esperienza sindacale agricola può servire come modello per un movimento sindacale che annaspa, alle prese con problemi nuovi»(33). Il diverso scenario nel quale si registrano fenomeni assimilabili, come quello del calo degli addetti e dell'aumento della precarietà, rendono imprudenti parallelismi troppo accentuati.

L'unico dato certo è che almeno una parte del sindacato agricolo vorrebbe superare la lunga e declinante fase della flessibilità o precarietà assistita, con un recupero della dimensione rivendicativo-contrattuale. La consapevolezza maturata è che un sistema primariamente fondato su basi assistenziali, nel lungo periodo, si è dimostrato foriero più di danni ed equivoci che di aspetti positivi. Non può che riproporsi, al riguardo, quell'affermazione di Ichino sopra riportata: se si privilegiano le politiche che tendono a rafforzare solo la parte debole, la posizione dei deboli non può, nel complesso, che risultare ulteriormente indebolita(34). Una bella immagine può esservi associata: quella della gestione assistenziale che assorbe le energie organizzative (35).

È in questa prospettiva che appare determinante la proposta di creare delle forme di rappresentanza stabili dei lavoratori agricoli: dove esistono le condizioni, saranno le rsu aziendali; dove non esistono, occorre pensare ad una forma di aggregazione differente che consenta di rinsaldare il rapporto con la base senza perdere la dirnensione territoriale, l'unica che soccorre quando frammentazione aziendale e precarietà convivono. Quella delle rappresentanze di bacino, per quanto forme organizzative sofisticate e per il momento ancora fumose, è sicuramente una delle strade da percorrere.

Una qualche forma di rappresentanza plant level, del resto, costituisce da sempre un risultato importante da ottenere: se la precarietà ne ha tradizionalmente costituito l'ostacolo, ben vengano quindi quei tentativi (rappresentanze di bacino) che consentono di ricavare la «stabilità nella precarietà», che non rimane più solo un dato da valutare passivamente.

I tentativi o anche solo i progetti di applicare in un settore così polverizzato l'accordo sulle rsu, che dovrebbe concedere più spazio a tali specificità introducendo dei correttivi che lo trasformino non in una mera dichiara-

---

(33) **Ricciardi M.**, *Lavoro ...*, *cit.*, p. 240.
(34) **Ichino P.**, *Lavoro ...*, cit., p. 31.
(35) **Ricciardi M.**, *Il lavoro ...*, *cit.*, p. 228.

zione velleitaria priva di efficacia pratica ([36]), marciano di pari passo con la richiesta di valorizzazione della via della contrattazione aziendale. Contro questo progetto possono muoversi una serie di obiezioni, soprattutto di fattibili concreta, le stesse che animano, del resto, la costituzione delle rappresentanze unitarie. Dalle interviste è, infatti, emerso che le perplessità maggiori sono state mosse dai sindacalisti che provengono da zone dove più alta è la polverizzazione aziendale e minore è l'impatto dell'industria cooperativa di trasformazione, delle grandi strutture. Un moderato ostruzionismo arriva, d'altronde, dai datori di lavoro; ciò è motivato dal desiderio di garantirsi reciprocamente omogeneità di trattamenti e quindi di potersi reciprocamente evitare vere e proprie forme di *dumping* sociale a scala ridotta. La stessa federazione nazionale non manifesta, altresì, grandi simpatie per lo sviluppo della contrattazione aziendale, mossa dall'intento di perseguire le direttive della Confederazione che in tema di contrattazione propone lo sviluppo del contratto interterritoriale di settore, quello più in linea, del resto, con i patti territoriali regolati dal Patto per il lavoro del settembre 1996.

In conclusione, l'idea dell'omogeneità sta lasciando il posto ad una sempre maggiore differenziazione ed articolazione; rimane solo da intendersi sul criterio (territoriale, aziendale, settoriale, intersettoriale) sul quale fondarla. Il meccanismo migliore, dal punto di vista teorico, è quello del rispetto delle dinamiche presenti nelle singole realtà, qualunque esse siano.

Prima di affrontare, anche se per sommi capi, lo scottante e tradizionale problema della gestione del mercato del lavoro, occorre valutare se l'esigenza di diversificare, di adattare alle singole realtà l'organizzazione sindacale e la contrattazione, contrasti con l'invito formulato a ripensare il sistema dei livelli contrattuali così come delineato nel ccnl vigente.

3.2. *Organizzazione e contrattazione*

Una breve carrellata delle diverse fasi della contrattazione collettiva consente di acquisire un minimo di nozioni sulle quali fondare l'analisi della particolarità del sistema di relazioni tra contratto collettivo di categoria e contratto provinciale nel settore agricolo, al fine di valutare quale impatto i nuovi rapporti tra i due livelli regolati dal ccnl vigente sono idonei a produrre.

Negli anni 50 e 60 erano due le peculiarità della struttura contrattuale: la segmentazione verticale della categoria (accordi separati per braccianti, salariati fissi, impiegati e per diverse specializzazioni merceologiche) e un accentuato decentramento della struttura negoziale.

([36]) L'accordo raggiunto nel luglio scorso, così come è formulato, non può che rappresentare una mera dichiarazione di principio, della cui incidenza pratica si può discutere a lungo. Le peculiarità del settore dovrebbero essere considerate e non, come d'abitudine, ignorate.

A partire dal 1975-1980, queste peculiarità scompaiono; scompare infatti la segmentazione verticale tra salariati fissi e braccianti, alcuni altri accorpamenti si registrano (37) e il contratto nazionale di categoria dal 1977 sostituisce il patto. Si modifica, in sostanza, la gerarchia dei livelli di contrattazione.

Il rapporto esistente di fatto tra i livelli contrattuali risultava segnato, fin dall'immediato dopoguerra, dalla netta prevalenza della contrattazione provinciale. Il 'Patto' nazionale fissava soltanto le 'norme essenziali di carattere generale regolanti i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro agricolo e i loro dipendenti', norme che diventavano operanti 'mediante il loro trasferimento nei contratti provinciali» (38).

Pur senza ripercorrere tutti i passaggi dello sviluppo, cui si è già in parte accennato, risulta importante valutare quali conseguenze la guadagnata centralità del c.c.n.l. determinò sull'assetto complessivo delle relazioni sindacali.

«Nella prima metà del decennio, la nuova importanza del patto nazionale di categoria aveva contribuito non poco al rapido miglioramento dei salari e delle condizioni normative in agricoltura».

Il circuito virtuoso avviato comprende la generalizzazione delle conquiste e la determinazione del punto di partenza per nuove rivendicazioni da completare nella contrattazione periferica oltre che l'omogeneizzazione contrattuale della categoria.

Il contratto provinciale diviene integrativo dal 1977; non si tratta più di una contrattazione onnicomprensiva, ma che si occupa solo delle materie che le sono rinviate. Per ciò che concerne, in particolare, il salario, svolge una funzione di completamento e di adattamento alla realtà locale.

Dei successivi anni 80 rimane anche oggi la tendenza al rallentamento della dinamica salariale; questa finalità ha del resto trovato nel Protocollo del luglio 1993 la sua più recente e compiuta versione.

La struttura e l'assetto del contratto così come regolata dall'art. 2 del contratto collettivo nazionale degli operai agricoli e florovivaisti (vigenza 1° gennaio 1994 – 31 gennaio 1997) non è delle più chiare dato che prevede una sorta di staffetta biennale tra i due livelli in tema di salario. Rispetto all'assetto dei rapporti delineato dal Protocollo del 1993 si registra, quindi, una prima differenza: a livello nazionale ci si occupa del salario solo per il primo biennio.

Si realizza, così, una sorta di ripartizione di competenza di carattere solo temporale; si tratta di una vera e propria delega firmata dal contratto nazionale volta, però, non a derogare un livello minimo già stabilito, ma a fissarlo direttamente. Tale scelta sembra idonea non a mettere in dubbio il

---

(37) A tutt'oggi non si è ancora registrato l'accorpamento degli impiegati, il cui rapporto rimane regolato da un contratto separato.

(38) RICCIARDI M., *Lavoro ..., cit.* a partire da pag. 169; v. in particolare p. 172.

sistema dei minimi, quanto piuttosto ad ipotecare un'eventuale attività contrattuale decentrata (non importa in questo momento stabilire se si tratta di aziendale o territoriale) di carattere migliorativo.

Ciò che rileva sottolineare non è il risultato ottenuto, quanto piuttosto l'utilizzo della fonte contrattuale provinciale per ottenerlo. Tale configurazione dell'assetto delle fonti non è idoneo né a mettere in crisi la determinazione del punto di partenza unico delle rivendicazioni salariali, di qualsiasi natura esse siano (vista la regolamentazione contenuta nel Protocollo del 1993, la natura cui ci si riferisce è quella variabile), né tantomeno l'omogeneizzazione della categoria perché un momento unitario di confronto permane e non si riduce nella frammentazione di sedi nelle quali definire il livello minimo di salario.

Il postulato che si rischia di mettere in crisi è quello della determinazione del punto di partenza di condizioni migliorative, anche se di carattere flessibile, come è nello spirito del Protocollo del 1993. L'impatto su di una contrattazione tendenzialmente migliorativa come quella emiliano-romagnola, è destinato a divenire pesante: la contrattazione decentrata si ritroverà cioè con briglie che le impediscono, nei fatti, di apportare miglioramenti, pur se di natura variabile.

Ci sono due modi per valutare la situazione che si è venuta a creare: il primo è di natura esclusivamente sostanziale. Nei fatti l'impatto della modifica potrebbe non essere pesante se i rapporti di forza sono tali da consentire di fissare un aumento salariale, ai fini del contratto nazionale, positivo. Dal un punto di vista di principio, ciò che occorre sottolineare è che la finalità di favorire i rinnovi dei contratti provinciali, che si colloca a monte della scelta di decentrare le fonti di regolamentazione del salario, riduce lo spazio di operatività delle dinamiche migliorative per uno scopo, *comme d'habitude,* meramente difensivo.

3.3. Mercato *del lavoro* ed organizzazione sindacale

Occorre valutare, a questo punto, il rapporto tra intervento istituzionale in tema di mercato del lavoro e gestione sindacale, un altro degli aspetti di cui ci si è occupati nelle interviste.

«L'intervento istituzionale in materia di lavoro agricolo subordinato ha vissuto uno strano destino: protagonista minore sulla scena della grande politica del lavoro; vera e propria cenerentola nella tradizione degli studi giuslavoristici, esso tuttavia ha svolto un ruolo di primaria importanza rispetto alla gestione delle scelte di sviluppo e degli assetti economico-sociali. La «marginalità» entro cui è stato ufficialmente consegnato l'intervento normativo sui rapporti di lavoro in agricoltura non può non apparire singolare, in un Paese la cui struttura del mercato del lavoro è fortemente condizionata dai movimenti della componente agricola e la cui storia sindacale è stata a fondo caratterizzata (...) dal segno delle lotte contadine

bracciantili» (39). Proprio queste ultime costituiscono il contenuto di alcune delle pagine più dolorose, ma significative del dopoguerra, che hanno segnato in profondità coloro che vi hanno partecipato. Meritano di essere brevemente ripercorse, anche se alquanto riduttivamente, per evidenziare le battaglie perse dal sindacato, le lacune di strategia (40) e il ripiegamento difensivo nel quale si è rifugiato, adattatosi per anni ad accettare d'erogazione assistenziale come punto di mediazione reale tra controllo politico e ridotti margini di movimento dell'azione sindacale» stessa (41).

Le vicende del collocamento sono paradigmatiche di questa affermazione. La legge del 1949 fu preceduta da un accordo rimasto inapplicato, che, trasformato poi in legge, ((apriràdi fatto la via a una massiccia sostituzione dei precedenti collocatori e a discriminazioni profonde. Anche al di là di questo, però, il «burocratismo» nel collocamento — per utilizzare le parole di allora delle leghe — veniva a colpire un anello essenziale del rapporto tra comunità bracciantile e sindacato»(42).

Nonostante questa situazione non sia così pesante nell'Emilia Romagna, l'esclusione dei sindacati segna una generale sconfitta, il senso della quale emerge chiaramente dalle parole di Giuseppe Di Vittorio alla Camera dei Deputati, dove era relatore di minoranza del d.d.l. di riforma del collocamento (detta in seguito legge Fanfani, dal ministro del lavoro dell'epoca). «L'opposizionesi è battuta, come era suo dovere, per migliorare al massimo possibile questa legge. Non è riuscita, né poteva riuscire sul terreno parlamentare, ad ottenere i miglioramenti che avrebbe desiderato e che essa ha considerato e considera possibili. Tuttavia il suo sforzo è riuscito ad apportare alcuni miglioramenti a questa legge. E nonostante che essa, nel suo complesso, non possa essere considerata soddisfacente, l'opposizione l'approva per quello che essa rappresenta per i lavoratori delle regioni meno avanzate d'Italia e perché non vengano ritardati i provvedimenti previsti dal disegno di legge in favore dei disoccupati»(43).

E, tutt'altro che paradossalmente, fu proprio la sostanziale liberalizzazione attuata dalla legge Fanfani «a rendere possibile la sopravvivenza delle forme feudali del mercato delle braccia: ancora negli anni '67-68 i braccianti del meridione dovevano scendere in lotta contro il mercato di piazza e l'odiosa figura del caporale e riproporre, drammaticamente, l'urgenza di una riforma della vecchia disciplina del collocamento», che verrà attuata dalla legge n. 83 del 1970 (44).

---

(39) MARIUCCI L., ROMAGNOLI U., *Impresa agricola* ..., p. 199. Per una recente ricostruzione CALAFÀ L., *Lavoro prestato in ogni coltura: vecchie separazioni e nuove omogeneità*, in *Lavoro e diritto*, 1996, 3, p. 553-577.

(40) VENEZIANI B., *Impresa agricola* ...

(41) MARIUCCI L., ROMAGNOLI U, *Impresa agricola* ...

(42) CRAINZ G., *Padania*, p. 241.

(43) DI VITTORIO G., *Discorsi parlamentari*, Atti della Camera dei deputati, Roma, 1949.

(44) MARIUCCI L., ROMAGNOLI U., *Impresa agricola* ..., p. 203.

Sulle modifiche introdotte da questa legge non è il caso di soffermarsi in questa sede. È sufficiente riportare che le ottimistiche previsioni legate a tale riforma, sono state ben presto sostituite da letture più disincantate. Come è stato osservato, «il collocamento agricolo è oggi di fatto — più ancora del collocamento ordinario — essenzialmente una struttura di gestione della 'disoccupazione agricola' (registrazione ed erogazione dei sussidi)»([45]).

L'esautoramento completo delle commissioni locali dalla gestione del mercato del lavoro agricolo attuato dalla nuova disciplina legislativa (legge n. 608 del 1996) ([46]), chiude quel ciclo di sconfitte che inaugurato nel 1949 pareva superato nel 1970. Il ripiegamento difensivo e burocratico nel quale si sono rifugiati i rappresentanti dei lavoratori, ha sostanzialmente annullato una delle particolarità qualificanti di tale legge, quella cioè del controllo democratico del mercato del lavoro e dell'intervento attivo a queste attribuito per l'occupazione ([47]).

Tali affermazioni vanno adattate al contesto delle relazioni sindacali in Emilia Romagna, dove esistono relazioni e contrattazione a prescindere dall'intervento pubblico, soprattutto grazie allo strumento delle convenzioni introdotto nel 1987 e soprattutto per le aziende di medio-grandi dimensioni.

Lo sviluppo di una contrattazione gestionale dell'afflusso di manodopera, non toglie che tra le molte questioni che i più recenti interventi legislativi aprono vi è anche quella degli organi partecipati.

Una sola domanda, pur contenuta nella traccia, non è mai stata fatta durante le interviste, e volontariamente: quella sulle commissioni della manodopera in agricoltura. Nessuno, del resto, ha sentito il bisogno di parlarne.

Da ciò non è lecito trarne nessuna conclusione, se non quella che simili organismi hanno perso importanza agli occhi stessi dei sindacalisti e una loro eventuale eliminazione o revisione, adattamento non tocca i rappresentanti dei lavoratori. Che del resto, in questa regione, tenderebbero a privilegiare l'approccio contrattuale aziendale.

Il ragionamento complessivo su queste dinamiche dovrebbe essere impostato tenendo in considerazione il fattore della tensione occupazionale in

---

([45]) ICHINO P., Il collocamento impossibile, De Donato, Bari, 1982.

([46]) Non è la sede adatta per commentare il pacchetto Treu sull'occupazione e nemmeno la legge Bassanini sul decentramento amministrativo. Certo quello attuale è un periodo di forte ripensamento delle modalità d'intervento pubblico nel mercato del lavoro, non fosse altro perché prende sempre più consistenza l'ipotesi che la Corte di Giustizia delle Comunità europee censuri il monopolio attuato dal nostro legislatore (v. conclusioni avvocato generale Elmer, presentate il 15 maggio 1997, sul caso Job centre II).

([47]) LAGALA C., *Collocamento* in agricoltura, in *Digesto,* IV ed., sez. Commerciale, Utet, Torino, 1988.

agricoltura che, in Emilia Romagna, non è così alto. Complice, del resto, non solo il disvalore che accompagna il lavoro nei campi, ma altresì la possibilità di scegliere percorsi professionali alternativi.

Queste osservazioni rinviano al più ampio problema delle difficoltà del ricambio generazionale, non solo tra i lavoratori subordinati, ma altresì tra i titolari di aziende agricole. Gli effetti dell'invecchiamento complessivo della popolazione agricola non possono certo essere arginati dal solo intervento del sindacato. Il sindacato però può cercare di impedire che certi fenomeni, quale il lavoro nero dei pensionati, degenerino; questo obiettivo può essere favorito, rendendo appetibile, la professionalizzazione di larghi strati di lavoratori. La modifica del contesto produttivo che si è registrata nella regione Emilia Romagna richiede che la contrattazione si occupi di professionalità, ma richiede altresì un intervento attivo nel mercato del lavoro.

Queste affermazioni aprono una serie di questioni, alle quali il sindacato è chiamato a rispondere:

- organi partecipati preposti alla gestione del mercato del lavoro: devono sopravvivere ed in caso di risposta positiva è necessaria una corresponsabilizzazione pubblico-sindacale?
- ha ancora un senso una considerazione separata dei disoccupati agricoli?

La consapevolezza che si è acquisita in decenni cogestione pubblico-sindacale del collocamento in agricoltura è che «non ha senso far gestire da un organo politico-partecipativo una struttura meramente tecnico-amministrativa. Se ciò si realizza, come si è realizzato con le riforme del '70, avviene o perché si vuole che quel canale di partecipazione non funzioni, o perché si prevede che la struttura non sia meramente tecnico-amministrativa, scontando che il sistema di regole astratte e generali che pure si pone sarà disapplicato nella prassi. Oppure ancora (...) si mira a realizzare ambedue questi obiettivi»([48]).

La sensazione che si ricava è che il rifiuto della gestione diretta del mercato del lavoro sia un rifiuto aprioristico. Gestire il mercato del lavoro direttamente non equivale necessariamente a gestirlo per scopo di lucro; ha perso di spessore, fino quasi a scomparire, la finalità di un intervento equo ed attivo nel mercato del collocamento, travolta dal burocratismo della gestione delle commissioni per la manodopera agricola.

Come incidono tali affermazioni sulla struttura organizzativa? Relegano il sindacato che contratta in un ruolo di sindacato di servizio? Da una

---

([48]) GAROFALO M.G., Collocamento, integrazione guadagni, mobilità: un profilo storico, in GAROFALO e LAGALA, *Collocamento* e mercato del lavoro, De Donato, Bari, 1982.

lettura disincantata delle vicende degli ultimi cinquanta anni, questo non appare come un servizio, ma una attività di cui il sindacato è stato letteralmente «scippato» nel 1949 e che la negativa esperienza dell'amministrativizzazione delle commissioni della manodopera agricola ha contribuito ad affossare. Probabilmente non si tratta altro che di creare un connubio anche formale tra le attività che già esistono e sono poste in essere dal sindacato e che solo scorie di stampo psicologico impediscono di esplicitare: l'attività di contrattazione (territoriale e aziendale) e l'attività di intervento sul mercato del lavoro.

Per ciò che concerne il secondo aspetto, quello del superamento della settorialità dei disoccupati, Accornero di recente ha sottolineato la necessità di progettare politiche articolate, specificate per singole zone territoriali e calibrate per profili sociali ([49]).

Nel lungo periodo si dimostrano perdenti, come abbiamo cercato di dimostrare nel corso della ricerca, non solo le strategie organizzative dei sindacati volte ad appiattire verso il basso le istanze della categoria, ma altresì le strategie occupazionali fondate sulla separazione trasversale in base alla natura dell'attività esercitata.

In sostanza, nel periodo storico in cui nuove frammentazioni si creano, occorre chiarire e superare quelle tradizionali legate alla natura dell'attività produttiva posta in essere, soprattutto perché dinanzi «alle dinamiche allargate della crisi tutto si tiene: sicché sul separatismo della oleografia bracciantile e contadina è tempo di scrivere la parola fine» ([50]).

Queste affermazioni implicano un ripensamento generale dell'intero arco delle categorie sindacali oltre che del loro intervento. Ciò implica una rivoluzione culturale, il superamento di non bassi steccati, la sconfitta di parecchi fantasmi, ma soprattutto, l'accettazione del rischio della gestione diretta.

Dopo questa carrellata di questioni risulta con tutta chiarezza che quelli che il sindacalismo emiliano si trova di fronte non sono affatto nuovi problemi, quanto piuttosto problemi ricorrenti che abbisognano di soluzioni in sintonia con i tempi e con il mutato contesto produttivo e socio-culturale. «Anche se può apparire banale, l'esperienza agricola aiuta insomma a ricordare che le relazioni industriali non sono una scienza esatta, e che spesso eventi fortuiti, coincidenze imprevedibili, sono capaci di ribaltare processi (apparentemente) irreversibili» ([51]).

([49]) ACCORNERO *A., Il mercato del lavoro: qualche avvertenza per l'uso,* in *Industria e sindacato, 1994,* **p. 34.**

([50]) MARIUCCI L., ROMAGNOLI U., *Impresa agricola ..., cit.,* **p. 213.**

([51]) RICCIARDI M., *Lavoro ..., cit.,* **p. 240.**

ABSTRACT

Lo scopo del contributo è quello ridiscutere il ruolo dei sindacati in agricoltura e la tradizionale separazione di cui soffre la regolazione del lavoro agricolo rispetto a quello prestato in altri settori produttivi, anche alla luce della contrattazione collettiva intervenuta di recente a livello locale. L'analisi, alquanto complessa, dimostra che oggi è possibile un moderno e differente trattamento di questo tipo di lavoro.

Objective of the paper is to discuss the role of the agricultural trade union and the traditional separation of the agricultural work regulation also on the light of the recent local collective bargaining. The difficult analyses shows that today it is possible a modern and different treatment of this type of work.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

PAOLO FERRETTI

LA RESTITUZIONE DEI 'DONI FATTI A CAUSA DELLA PROMESSA DI MATRIMONIO' IN UNA PROSPETTIVA STORICO-COMPARATISTICA

1. – Se è vero che «nulla ci aiuta meglio a capire un fenomeno delle analisi delle differenze e affinità rispetto a fenomeni omologhi»(1), ciò è tanto più vero per la comparazione (2) tra il diritto romano e i diritti di derivazione romanistica (3).

Questo assunto, non nuovo, è stato recentemente sottoposto ad una rinnovata riflessione (4), che valorizza il diritto romano quale strumento erme-

(1) R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano 1992, 294.

(2) *Sulla scienza comparatistica, cfr., tra gli altri,* R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992[5], *1 ss.;* R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato, cit., 1 ss.; K. ZWEIGERT - H.* KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, trad. it., I e* II, *Milano 1994, 1 ss.; A.* PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati, Milano 1995, 1 ss.; G. ALPA, Corso di sistemi giuridici comparati, Torino 1996, 1 ss.; A.* GAMBARO - R. SACCO, *La comparazione giuridica, Torino 1996, 1 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, Introduzione al diritto comparato, trad. it., Torino 1996, 1 ss.*

(3) *In questo senso, cfr., per tutti, B. ALBANESE, sv. Illecito (storia), in ED* XX (1970), *51* s.; *E. BETTI, Prefazione a Istituzioni di diritto romano, 1[2], Padova 1942 (rist.* 1947), *V-XVI, ora in IDEM, Diritto Metodo Ermeneutica, Milano 1991, 229 ss.; G. IMPALLOMENI, La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato, prolusione tenuta a Mogadiscio il 3 settembre 1970* nell'Aula *Magna* dell'Università *Nazionale della Somalia, in occasione dell'inaugurazione* dell'anno *accademico 1970-1971, in Riv. dir. civ., 1971, I, 369 ss., ora in IDEM, Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Padova 1996, 287 ss.*

(4) *Cfr., tra gli altri, C.A. CANNATA, Usus modernus Pandectarum e diritto europeo (a proposito di: H. Coing, Europaisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht [1500 bis 1800],* München 1985), *in SDHI 52 (1986), 435 ss.; IDEM, Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica, in SDHI 53* (1987), *386 ss.; IDEM, Il diritto europeo e le codificazioni moderne, in SDHI 56* (1990), *309 ss.; G. IMPALLOMENI, Il regime del gioco nel «Corpus Iuris» in relazione con alcune codificazioni europee, in Europa im Aufbruch. Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburstag, Wien 1993, 165 ss., ora in IDEM, Scritti, cit., 643 ss.; P.* CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche, in AUPA 43* (1995), *203 ss.; M. VALENTINO, Romanistica e Codice civile. Spunti per l'analisi di uno storico «connubium», in Labeo 41 (1995), 181 ss.; I. DE FALCO, Diritto romano e metodo comparativo, in Labeo 42* (1996), *311* s.; *V.* GIUFFRÈ, *Storia del diritto e scienza del diritto europea, in Labeo 43* (1997), *312 ss.*

neutico del diritto vigente e quale possibile elemento di unificazione nella creazione di un diritto comune ai Paesi membri dell'Unione europea (5).

La presente indagine sulla restituzione dei 'doni fatti a causa della promessa di matrimonio' (6), in caso di mancata conclusione delle nozze, si inserisce in questa prospettiva e vuole essere un piccolo contributo alla riscoperta 'fede' nel diritto romano appunto quale importante strumento di interpretazione del diritto moderno (7).

I1 codice civile del 1942 contempla due disposizioni in tema di liberalità tra fidanzati: l'art. 80 e l'art. 785.

Si legga:

> Art. 80. Restituzione dei doni. I1 promittente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto.
>
> La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno in cui s'è avuto il rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti.
>
> Art. 785. Donazione in riguardo di matrimonio. La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio (...).

Dalla combinazione degli articoli emergono due tipi di liberalità (8): le

---

(5) Cfr., tra gli altri, V. GIUFFRÉ, Studio comparato e studio storico del diritto, in Labeo 9 (1963), 361; G. IMPALLOMENI, La validità di un metodo storico-comparativo, cit., 289; IDEM, I1 regime del gioco nel «*Corpus Iuris*», cit., 643 ss.; P. STEIN, I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali nell'evoluzione dei sistemi giuridici, trad. it., Milano 1995², 1 ss.; F. CASAVOLA, Diritto romano e diritto europeo, in Labeo 40 (1994), 161 ss.; M. LUPOI, Alle radici del diritto comune europeo, Roma 1994; R. SCHULZE, *Le* droit privé *commun* européen, in *Rev.* Inter. de Droit *Comp*. 47 (1995), 1 ss.

(6) L'espressione è desunta dall'art. 80 del codice civile.

(7) In questa prospettiva, si veda anche l'autorevole lavoro sull'exceptio doli generalis di L. GAROFALO, Per unapplicazione *dell'exceptio* doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia, in Riv. dir. civ., 1996, I, 629 ss. e, in particolare, 650 ss.

(8) Sulla natura giuridica dei 'doni fatti a causa della promessa di matrimonio' e sui criteri distintivi rispetto alle 'donazioni fatte in riguardo di un determinato futuro matrimonio', si veda, per tutti e con ampia bibliografia, L. GATT, I doni fatti a causa della promessa di matrimonio: natura giuridica e limiti al diritto di restituzione, in Riv. dir. civ., 1995, II, 389 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza, tra le altre pronunce, cfr. Trib. Trani, 22 ottobre 1946, in Rep. *Foro* it., 1947, voce 'matrimonio', 813 n. 42 e n. 43; App. Roma, 3 febbraio 1982, in Dir. *fam.* epers., 1984, 73 ss.; Cass., 2 maggio 1983, n. 3015, in Rass. dir. civ., 1984, 2643 ss.; Cass., 10 dicembre 1988, n. 6720, in Dir. *fam.* e pers., 1989, 70 ss.; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1260, con nota di A. RIGANÒ, La restituzione dei doni scambiati tra fidanzati a causa della promessa di matrimonio e il *c.d.* fidanzamento ufficiale, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1995, I, 294 ss.

'donazioni in riguardo di un determinato futuro matrimonio', sospensivamente condizionate alla celebrazione delle nozze, e le donazioni 'fatte a causa della promessa di matrimonio[9]', immediatamente efficaci, ma di cui è possibile chiedere la restituzione nel caso in cui il fidanzamento venga sciolto.

A parte le donazioni *ex* art. 785 c.c., 'fatte in riguardo di un determinato futuro matrimonio', la cui disciplina è in linea con il loro scopo di apporti per sostenere l'unione, le altre, ovvero quelle *ex* art. 80 c.c., presentano un regime la cui *ratio* non è facilmente spiegabile.

Perché il legislatore ha sancito l'obbligo alla restituzione dei doni tra nubendi — di tutti i doni, anche i più modesti — in caso di mancato matrimonio?

A questo interrogativo si sono date delle risposte tecnico-giuridiche inappaganti[10]. Recentemente si è osservato che la *ratio* deve essere cerca-

---

([9]) Per quanto riguarda il requisito in esame, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che ai fini dell'applicazione dell'art. 80 c.c. sia sufficiente la cosiddetta promessa 'semplice' di matrimonio. Cfr., tra gli altri, F. SANTOSUOSSO, Delle persone e della famiglia. Il matrimonio, in *Commentario* del Codice Civile, ed. UTET, t.I, parte II, Torino 1978, 29; A. TRABUCCHI, Art. 80. Restituzione dei doni, in Commentario al diritto italiano della famiglia, II, a cura di G. Cian, A. Trabucchi, G. Oppo, Milano 1992, 16; L. GATT, I doni fatti a causa della promessa di matrimonio, cit., 384 ss.; Trib. Vercelli, 7 agosto 1969, in Monit trib., 1970, 726 ss.; Trib. Roma, 5 febbraio 1979, in Dir. *fam.* e pers., 1979, 795 ss.; Cass., 2 maggio 1983, n. 3015, cit., 2643 ss.; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1260, in Giust. civ., 1994, 1, 1192 ss.

([10]) Secondo alcuni — tra gli altri, F. SANTORO-PASSARELLI, Lineamenti della promessa di matrimonio secondo *il* nuovo codice civile, in Riv. dir. civ., 1939, 14; G. OPPO, Adempimento e liberalità, Milano 1947, 113 ss.; A.C. JEMOLO, Il matrimonio, Torino 1952[3], 62; A. TORRENTE, La donazione, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXII, Milano 1956, 121 s. —, il fondamento del diritto alla restituzione andrebbe individuato nella presupposizione, ovvero nella condizione, insita in modo implicito nel negozio, della conclusione delle future nozze; non verificandosi queste, secondo alcuni (F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., 14; A.C. JEMOLO, *op. cit.*, 62), diverrebbe attuale l'obbligo a rendere il dono; secondo altri (G. OPPO, *op.* cit., 114; A. TORRENTE, op. cit., 126), invece, nascerebbe in capo al donante il potere di revocare la liberalità, e soltanto dopo l'esercizio di tale potere sorgerebbe in capo al donatario l'obbligo a restituire. Tuttavia, questa linea interpretativa è stata oggetto di critica — cfr., per tutti, F. FINOCCHIARO, Del matrimonio, art. 79-83, in *Commentario* del *Codice* civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, I, Bologna-Roma 1971, 124 —. Non meno condivisibile è quell'indirizzo — P.L. CALABRIA, In tema di ripetibiiità dei doni scambiati tra fidanzati, in Foro it., 1947, I, 415 ss.; G.B. FERRI, Se la disciplina della donazione obnuziale si applichi alla donazione prenuziale, in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi, Padova 1989, 676 — che vorrebbe far dipendere l'efficacia di queste donazioni dal verificarsi della condicio iuris della celebrazione del matrimonio, non tenendo conto in questo modo della effettiva diversità tra la fattispecie regolata dall'art. 785 c.c. e quella prevista dall'art. 80 c.c. Ancora, non è risultata appagante la tesi — per tutti, B. BIONDI, Le donazioni, in Trattato di diritto civile italiano, diretto da F. Vassalli, XII, Torino 1961, 781 —, secondo cui l'obbligo alla restituzione troverebbe una propria collocazione tra gli obblighi legali generi-

ta unicamente nella legge (11).

Tuttavia, se sono comprensibili gli altri casi in cui la legge dispone la revoca delle donazioni (12), non altrettanto può dirsi dell'art. 80 c.c. Ancora una volta inappagante l'idea (13) che la ***ratio*** consista nell'eliminazione di tutti i possibili segni di un rapporto finito, incompiuto, forse dovuta al disfavore con cui si considera l'inadempimento della promessa di matrimonio (14).

La difficoltà nel trovare le ragioni che giustifichino la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di nozze, dipende, a nostro awiso, dal fatto che questa norma è pervenuta nel codice civile del 1942 per un passivo adeguamento alla tradizione, senza che essa abbia risposto e risponda

---

camente enunciati dall'art. 1173 c.c., sottoposto all'avverarsi della condizione sospensiva della mancata celebrazione del matrimonio. Non è mancato, poi, chi — tra gli altri, G. TEDESCHI, sv. Matrimonio (promessa di) (diritto civile), in NNDI X (1964), 424 n.3; L. GATT, I doni fatti a causa della promessa di matrimonio, cit., 402 ss. (da rimarcare la posizione di A. TRABUCCHI, sv. promessa di matrimonio, in NNDI, Appendice, VI (1986), 49, che parla di donazioni ob *causam,* posizione poi ribadita in IDEM, Art. 80. Restituzione dei doni, cit., 12 ss.) — ha sostenuto che la promessa delle nozze nelle donazioni ex art. 80 c.c. non si limiterebbe a semplice motivo interno dell'atto, ma assurgerebbe a causa tipica dell'atto medesimo. Ne consegue che, interrotto il fidanzamento, il negozio giuridico resterebbe privo di causa e, pertanto, legittimerebbe il donante alla ripetizione. Tuttavia, anche questa tesi non convince pienamente, in quanto la rottura del vincolo sponsalizio non fa venir meno «la causa giuridica tipica di quella donazione, che è quella stessa di tutti gli altri casi di donazione» (così, F. SANTOSUOSSO, *Delle* persone e della famiglia, cit., 30). Né, d'altra parte, si potrebbe invocare la rilevanza della promessa sotto il profilo del motivo essenziale, poiché l'art. 80 c.c. si configura estraneo alle norme degli art. 787 e 788 c.c.

(11) Per tutti, G. OBERTO, La promessa di matrimonio tra passato e presente, Padova 1996, 152 s.; sul punto, già M.V. DE GIORGI, La promessa di matrimonio, in Riv. *trim.* 23 (1969), 766.

(12) All'interno del codice si possono trovare due tassative ipotesi di revoca della liberalità; sono i casi previsti dall'art. 800 c.c.: ingratitudine del donatario e sopravvenienza di figli. Come è facilmente accertabile, ragioni di ordine etico, nel caso dell'ingratitudine, ed esigenze famigliari di tipo patrimoniale, nel caso della sopravvenienza di figli, ragioni senza dubbio preminenti rispetto alla regola della irrevocabilità, hanno consentito al legislatore di derogare a quest'ultima. Sul punto, F. FINOCCHIARO, Del matrimonio, cit., 126, propone l'avvicinamento tra la fattispecie ex art. 80 c.c. e quelle ex art. 800 c.c., seppur limitatamente all'aspetto della struttura del potere conferito alle parti e degli effetti prodotti dall'esercizio di questo, e non per ciò che concerne la ratio legis dei differenti casi.

(13) F. SANTOSUOSSO, Delle persone e della famiglia, cit., 30; G. OBERTO, La promessa di matrimonio tra passato e presente, cit., 152 s.

(14) Cfr. anche Cass., 8 febbraio 1994, n. 1260, cit., 295: «La regola del comma primo art. 80 c.c. è mutuata dal costume che intende eliminare, non tanto l'effettuata attribuzione patrimoniale, quanto i segni di un rapporto, spesso voluto o autorizzato dalle rispettive famiglie, rimasto incompiuto, e del quale è opportuno, per i mancati nubendi, rimuovere tempestivamente ogni traccia al fine di potersi ricostruire un nuovo rapporto senza alcun ricordo di quello precedente».

ad una profonda esigenza e senza che il legislatore si sia avveduto della sua vera *ratio.* Se ciò avesse fatto, la disposizione sarebbe stata eliminata, perché in insanabile contrasto con il valore della libertà matrimoniale affermato all'art, 79 c.c. (15).

Solo il ritorno alle origini di questa norma dà conto del suo essere oggi sostanzialmente incomprensibile ed estranea al sistema.

2. - Per l'età classica due frammenti (16) si pongono all'attenzione dello studioso, uno di Giuliano, l'altro di Papiniano.

Leggiamo:

> D. 39,5,1 (Iul. 17 *dig.):* Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio. 1 Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationern valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo facto ad se reverti velit. cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur.

Giuliano ci informa dell'esistenza di più donazioni.

Anzitutto, quella che *proprie donatio appellatur,* la quale consiste nel trasferimento, definitivo e irrevocabile, della proprietà (17) di determinati beni in capo al donatario.

Poi, la donazione che *non proprie donatio appellatur,* cioè la donazione sottoposta a condizione e suddivisa in due ulteriori sottocategorie: quella

---

(15) Art. 79. Effetti. La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento.

(16) A torto sostengono l'assenza di fonti per l'età classica, F. DEGNI, Il diritto di famiglia *nel* nuovo codice civile italiano, Padova 1943, 49; F. SANTOSUOSSO, Delle persone *e della* famiglia, cit., 28.

(17) È evidente che il giurista non costruisce la distinzione in relazione ai vari modi di costituzione, giacché la sua esplicazione procede sull'unico archetipo della donazione reale. Sulla circostanza della ricorrente identificazione della *donatio* con la fattispecie della donazione reale, cfr., per tutti, *G.* ARCHI, La donazione, Milano 1960, 86 s.

della donazione sottoposta a condizione sospensiva e quella della donazione sottoposta a condizione risolutiva. La semplice inserzione della clausola, tuttavia, non incideva sulla sostanza del negozio (18): l'atto continuava ad essere compiuto causa donationis, sebbene con una sfumatura diversa (una donazione che non *proprie donatio* appellatur (19)).

Sulla base di questa triplice divisione, il giurista introduce nel §1, a fini esemplificativi, i diversi tipi di donazione tra nubendi.

In primo luogo, Giuliano indica la donazione posta in essere dallo sponsus per puro spirito di liberalità (20). L'intenzione del donante è soltanto quella di beneficiare la sponsa, indipendentemente da qualsiasi altro fatto: la donazione ha effetti definitivi ed irrevocabili fin dal primo momento (21).

In secondo luogo, il giurista pone l'accento su quella donazione i cui effetti si producono in capo al donatario, ma destinati a divenire definitivi soltanto al verificarsi del matrimonio. Quindi, un atto immediatamente efficace, a cui doveva accompagnarsi, con ogni verosimiglianza, un patto risolutivo: con esso il donante si riservava, fin dall'inizio, la facoltà di ripetere l'oggetto della datio se le nozze non si fossero concluse (22).

Entrambi gli atti costituivano donazione: donazioni entrambe valide, entrambe produttive di effetti, salva la possibilità, per quelle appartenenti al secondo tipo, di cadere nel nulla, qualora agli sponsali non fossero seguite le nozze.

Balza agli occhi il fatto che Giuliano, illustrando le diverse tipologie di donazione inter *sponsum* et sponsam, tralasci quelle sottoposte a condizione sospensiva, ovvero le donazioni i cui effetti, a causa di un apposito accordo fra le parti, rimanevano sospesi nell'intervallo di tempo intercorrente tra la consegna dei beni ed il verificarsi del matrimonio. La ragione per cui il giurista tace è plausibilmente da ricercarsi nella circostanza che una donazione produttiva di effetti una volta avvenute le nozze sarebbe equivalsa ad una

---

(18) Cfr. G. ARCHI, La donazione, cit., 44.

(19) Non proprie donatio, in quanto l'elemento accidentale impediva l'utilità dell'attribuzione, che avrebbe potuto anche non venire mai ad esistenza.

(20) Il termine liberalitatis gratia richiama le espressioni *liberalitatem* et *munificentiam* del pr. Queste ultime sono ritenute interpolate da G. BESELER, Beitrage zur Kritik der *römischen* Rechtsquellen, III, Tubingen 1913, 110; B. BIONDI, Appunti intorno alla *donatio mortis* causa nel diritto romano, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza di *Perugia,* 29 (1914), 187 s.; F. PRINGSHEIM, *Animus* donandi, in ZSS 42 (1921), 287; E. BUSSI, La donazione nel suo svolgimento storico, in Cristianesimo e diritto romano, Milano 1935, 227; F. PRINGSHEIM, Liberalitas, in Studi Albertario, I, Milano 1953, 678; G. ARCHI, La donazione, cit., 280 ss.; IDEM, s.v. Donazione (diritto romano), in ED XIII (1964), 953, ora in IDEM, Scritti di diritto romano, II, Milano 1981, 1022; S. DI MARZO, Lezioni sul matrimonio romano, ed. anast., Roma 1972, 26.

(21) Tali donazioni sono quelle appartenti alla prima categoria esposta nel pr. (proprie donatio).

(22) Tali donazioni rientrano nella seconda categoria esposta nel pr. (non proprie donatio).

donatio inter *virum* et *uxorem,* vietata dall'ordinamento giuridico, e pertanto inefficace (23).

Dunque, soltanto due tipi di donationes inter sponsum et sponsam: un tipo, i cui effetti erano definitivi e irrevocabili, e un tipo, i cui effetti erano risolutivamente subordinati al futuro matrimonio.

La distinzione è confermata da Papiniano.

Si veda:

> Vat. 262 (Pap. 12 resp.): Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit, aeque non repetuntur. Quod ita intellegi oportet, si revocandae donationis condicio non coniuncti matrimonii comprehendatur non perficiendi contractus (24).

Innanzitutto, si coglie, rispetto al frammento di Giuliano, la diversità di prospettiva: sistematica quella, casistica questa.

Il giurista, forse rispondendo alla domanda se fosse revocabile la donazione fatta da uno sponsus ad una sponsa, dà conto di due tipi di donazioni tra nubendi: le res simpliciter donatae, irrevocabili pur nel caso in cui le nozze non fossero seguite, e le *adfinitatis* contrahendae causa donationes *factae,* anch'esse irripetibili nel caso in cui il donante avesse sciolto il fidanzamento-culpa sua. Quel che resta implicito nelle parole del giurista è che le adfinitatis contrahendae causa donationes factae di regola erano revocabili non insecutis nuptiis.

Assai verosimilmente il giurista prospetta una soluzione che discende dai principi generali in tema di condizione. In estrema sintesi (25), lo sponsus, per ripetere la liberalità effettuata, avrebbe dovuto concludere un patto (26) sottoposto a condizione potestativa, cioè avrebbe dovuto subordinare la revoca al mancato assenso al matrimonio da parte della sponsa. Ne consegue che se la sponsa non avesse dato il proprio consenso, lo sponsus donante avrebbe potuto ripetere quanto offerto; ma se fosse stato lo sponsus a rifiutare le nozze, allora avrebbe trovato applicazione il principio recepito dal diritto civile, secondo cui quotiens per *eum,* cuius interest con dicionem non *impleri,* fiat quo

---

(23) Cfr. C. 5,3,4. Imp. Gordianus A. Marco. Quod sponsae ea lege donatur, ut tunc *dominium* eius adipiscatur, *cum* nuptiae *fuerint* secutae, *sine effectu* est. PP. VIII k. Dec. Gordiano A. et Aviola conss. (a. 239).

(24) SAVIGNY, KELLER, HOLLWEG, in T. MOMMSEN, *Collectio librorum* iuris *anteiustiniani,* III, Berolini 1890, 83 n. 1.

(25) Per una trattazione più esaustiva, rimandiamo, per tutti, a P. FERRETTI, Donationes *inter sponsum* et *sponsam* (tesi di dottorato), Pavia 1997, 40 ss.

(26) La conclusione di un apposito patto è avvalorata dai rescritti tardo classici inseriti in C. 5,3.

minus impleatur (27): il matrimonio si sarebbe inteso fittiziarnente verificato e la donataria avrebbe potuto conservare il bene ricevuto (28).

In conclusione, entrambi i giuristi hanno davanti il medesimo orizzonte: nella prassi i nubendi erano soliti concludere donazioni immediatamente produttive di effetti definitivi ed irrevocabili (*donatio liberalitatis gratia* (29) e *res simpliciter donatae* (30)) e donazioni subordinate risolutivamente al consenso matrimoniale del donatario (*donatio quae sub condicione solvatur* (31) e *adfinitatis contrahendae causa donationes factae* (32)), mancando il quale il donante avrebbe potuto ripetere quanto precedentementedato, tranne il caso, segnalato dal solo Papiniano, in cui fosse stato il donante medesimo a rifiutare il proprio.

3. – Detto ciò, occorre interrogarsi su questa prassi. Chiedersi, cioè, per quali ragioni, i nubendi, o meglio i loro *patresfamilias*, accompagnavano la liberalità con un patto restitutorio subordinato al mancato assenso alle nozze. Inoltre, per quali motivi di questo uso non si abbia testimonianza per l'età che precede quella classica (33).

Per comprendere il fenomeno, occorre necessariamente allargare il discorso al modo di conclusione degli *sponsalia* e al loro intrinseco significato.

---

(27) D. 50,17,161.

(28) Questa circostanza, tuttavia, non deve indurre a credere che Papiniano abbia dato notizia di un ulteriore tipo di donazione, non presente nella testimonianza di Giuliano. La diversità tra i due passi sarebbe dovuta, semplicemente, alla distinta prospettiva da cui si ponevano i giuristi. A Giuliano interessava operare una sitemazione delle donationes inter sponsum et *sponsam* con riguardo all'efficacia delle medesime; a Papiniano, invece, esplicare in quali specifici casi fossero revocabili le medesime liberalità e, per farlo, doveva necessariamente dare conto di una regola applicabile, non alle *donationes*, bensì alle condiciones. Di diverso avviso, invece, R. ASTOLFI, Il fidanzamento nel diritto romano, Padova 1994³, 142 s., secondo cui entrambi i giuristi conoscerebbero due tipi di donazione: un tipo, i cui effetti sarebbero immediatamente definitivi e irrevocabili, e un tipo, in cui la definitività e l'irrevocabilità dipenderebbero dall'accadimento oggettivo delle nozze. In altri termini, se il costituente avesse subordinato la revoca all'evento oggettivo del matrimonio, qualsiasi fatto impeditivo del medesimo, compreso l'esercizio della libertà dei nubendi (dell'uno o dell'altro indifferentemente) in senso contrario alle nozze, avrebbe permesso la ripetizione. Papiniano, in più, nelle parole da sed a *repetuntur*, lascerebbe scorgere un terzo tipo di donazione, in cui «le parti abbiano attribuito al donante il potere di revocare la donazione... qualora non sposi la donataria...» «...se è lui a non volerla sposare e la rifiuti senza motivo... non può pretendere di revocare la donazione». Il senso di questa specie di donazione, ad esclusivo vantaggio della donataria, non ci appare comprensibile, soprattutto alla luce del fatto che era il donante stesso che, compiendo la donazione, imponeva la condizione. Crediamo poco plausibile che il donante, avendo potuto scegliere fra la condizione oggettiva e quest'ultima condizione, optasse per la seconda a lui sfavorevole.

(29) D. 39,5,1,1.

(30) Vat. 262.

(31) D. 39,5,1,1.

(32) Vat. 262.

(33) Per quanto concerne l'età preclassica, si veda, per tutti, P. FERRETTI, *Donationes*, cit., 1 ss.

Questi, secondo quanto apprendiamo da Varrone (34) e Gellio (35), in antico si caratterizzavano per la conclusione di due *stipulationes poenae*, con cui il padre della nubenda e lo *sponsus* si obbligavano rispettivamente a dare in matrimonio la figlia e a prendere in moglie la medesima e, in caso di inadempimento, a pagare una penale.

Queste forme di coercizione rispondevano ad una particolare concezione del fidanzamento, atto non tanto dei nubendi, quanto dei loro *patresfamilias* (36), volto a perseguire, mediante alleanze famigliari, interessi politici ed economici. Da qui la necessità di 'assicurarsi' il consenso altrui.

Tuttavia, tale prassi deve essere stata abbandonata per tempo in uno con il nascente principio della libertà matrimoniale, principio assecondato dalla giurisprudenza, favorevole a ravvisare gli sponsali nel semplice scambio dei consensi (37).

Proprio in questo contesto, a nostro avviso, debbono essere inserite le *adfinitatis contrahendae causa donationes factae*. Di fronte, cioè, alla proclamata illiceità delle stipulazioni penali (38), le non sopite esigenze di 'pianificare' il matrimonio e di 'vincolare' l'assenso alle future nozze devono aver portato alla creazione di forme giuridiche nuove.

---

(34) *VARRO, ling.* 6,70: ... *Si spondebaturpecunia aut filia nuptiarum causa, appellabatur etpecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quae erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis.*

(35) *GELL.* 4,4,1: *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 2. Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat, 'sponsa' appellabatur, qui spoponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui spoponderat, (aut)qui stipulatus erat, condemnabat. Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scripsit in libro, quem de nuptiis cornposuit.*

(36) *Cfr., tra gli altri, P.* BONFANTE, *Corso di diritto romano, I, Diritto di famiglia, Milano* 1963², *309; P. VOCI, La patria potestas da Augusto a Diocleziano, in Iura 31* (1980), *37 ss., ora in IDEM, Studi di diritto romano,* II, *Padova 1985, 405* s.; *P. VOCI, La storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano, in Iura 51* (1985), *1 ss., ora in IDEM, Studi,* cit., II, *469 ss.; G.* FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato, Torino 1989, 151* s.; R. *ASTOLFI, Il fidanzamento, cit., 39.*

(37) *Cfr. D.* 23,1,1; *D.* 23,1,4 *pr.; D.* 23,1,7 *pr. Sul punto, da ultimo, R. ASTOLFI, Il fidanzamento, cit., 67 ss.*

(38) *Cfr. D.* 35,1,71,1 *(Pap.* 17 *quaest.): Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur,quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari. Sempre in questo senso, D.* 45,1,134 *pr. (Paul. 15 resp.):Titia, quae ex alio filio habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore rnatrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur,*

Le forme giuridiche nuove di cui si tratta non sono altro che le *adfinitatis contrahendae causa donationes factae.* Queste, pur non opponendosi apertamente al principio della libertà matrimoniale, costituivano tuttavia anch'esse una remora alla revoca del consenso e, quindi, si risolvevano pur sempre in una forma di coartazione al matrimonio ([39]).

Certamente, queste donazioni, rispetto al fine a cui tendevano, cioè la conclusione delle nozze, rappresentavano uno strumento meno efficace, meno incisivo delle *stipulationes poenae* e, in questo senso, si può dire che rispettavano maggiormente il principio della libertà matrimoniale. Tuttavia, è anche vero che in esse, al pari delle stipulazioni penali, ove era il timore della pena che dissuadeva dalla revoca del consenso, era il timore di perdere il bene donato o ricevuto che dissuadeva, rispettivamente, il donante e il donatario dal negare successivamente il consenso già prestato.

4. – L'età postclassica si caratterizza per un radicale cambiamento.

Con Costantino, infatti, si attua una *reductio ad unum*: dai due tipi di *donationes inter sponsum et sponsam* si passa ad un unico tipo, il cui regime coincide, sostanzialmente, con quello delle *adfinitatis contrahendae causa donationes factae.*

Leggiamo:

> C.Th. 3,5,2 ([40]). Imp. Constantinus A. ad Maximum P(raefectum) u(rbi). Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nubtiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sïve in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse iuris et tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si matrimonii non contrahendi causa ab sponsa, vel in cuius agit potestate, detegatur extitisse, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua

---

et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. Infine, *D.* 45,1,97,2 (Cels. 26 *dig.*): *'Si tibi nupsero, decem dari spondes?' causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.*

([39]) Questa specifica funzione ha portato, se abbiamo rettamente inteso, G. GORNIL, *Debitum e obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine,* in Mélanges Girard, I, Paris 1912,246 ss., ad identificare, ad nostro avviso erroneamente, le *adfinitatis contrahendae causa donationes factae* con le aree sponsalizie.

([40]) C.Th. 3,5,2 = C. 5,3,15.

deminutione redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit; nullis causis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quidquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint. Sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia ad restitutionem seu repetitionem rerum donatarum sufficiat, cum universis causationibus pulsis nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere... ([41]) Dat. XVII kal. novemb. p(ro)p(osita) VI kal. s(upra)s(crip)tas Rom. Constantino A. V et Licinio Caes. Conss. (a. 319).

Costantino richiama inizialmente la massima dei giureconsulti — secondo la quale tutte le liberalità tra fidanzati conservavano validità anche nel caso in cui le nozze non si fossero concluse ([42]) —, per abrogarla ed assoggettare ogni *donatio inter sponsum et sponsam* ad un nuovo regime.

Ai sensi di questo, se lo *sponsus* donante, *mutato animo,* non avesse più voluto sposarsi, la *sponsa* avrebbe potuto trattenere quanto ricevuto, e se qualcosa fosse rimasto nella disponibilità del medesimo, ciò avrebbe dovuto essere senza indugi trasferito ([43]); se, invece, fosse stata la *sponsa* donataria a non volersi più sposare, allora lo *sponsus* o i suoi eredi avrebbero potuto ripetere, integralmente, quanto dato. Le medesime conseguenze si sarebbero applicate nel caso inverso, cioè se fosse stata la fidanzata a donare.

([41]) C.Th. 3,5,2,3. *Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate, priusquam nubtiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonium diem functo, quae sponsaliorum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum qui donaverat revocari: eo etiam qui donaverat ante nubtias mortuo mox infirmari donationem et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas. 4 Quod beneficium usque ad personam patris ac matris, filiorum etiam, si qui de priore matrimonio fuerint, stare decernimus, si quocumque modo ex his persona aliqua defuncto successerit. Quod si ex his nulla persona defuncti heres erit, sed ex reliquis gradibus quisquam succedat, donationes convenit etiam non insecutis ex causa mortis nubtiis convalescere, quoniam illis tantum personis credimus consulendum.* Orbene, la seconda parte della costituzione riguarda lo scioglimento del fidanzamento per la morte di uno dei nubendi, parte forse modificata pochi anni dopo (cfr. C.Th.3,5,6).

([42]) Secondo la *sententia* classica, come abbiamo visto, ogni donazione tra nubendi si sarebbe considerata, in difetto di patto, *liberalitatis gratia,* cioè definitiva e irrevocabile.

([43]) Non deve trarre in inganno C.Th. 3,5,2, nella parte in cui stabilisce che *id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur,* cioè nella parte in cui sembra considerare valida la donazione anche se non sia seguita la *traditio.* In queste parole, infatti, sarebbero ravvisabili, secondo G. ARCHI, *La donazione,* cit., *237,* due tipi di donazione, reale e promissoria. *Contra,* M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia,* Milano *1938, 138* ss., propende per credere il passo alterato, al fine di metterlo in armonia con la nuova tendenza della legislazione imperiale, tendente ad eliminare la necessità della *corporalis traditio.*

La parte iniziale della costituzione si chiude con la categorica esclusione di giuste cause di ripudio (44): 'non importa a chi sia attribuibile lo scioglimento degli sponsali, ma soltanto chi lo pone materialmente in essere' (sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia).

Una normativa, quindi, particolarmente severa (45) nei confronti del ripudiante, non ammettendo nemmeno che potesse invocare i diversi costumi o l'origine, al contrario cum *longe ante, quam* sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici *debuerint*.

Ma questa severità e, più in generale, tutto il regime di C.Th. 3,5,2 a quali ragioni ubbidiva?

A nostro avviso, la nuova disciplina esprimeva, in maniera forte, la volontà imperiale di rafforzare l'efficacia coercitiva delle donationes inter sponsum et *sponsam*. Infatti, una cosa era ammettere che i nubendi, se lo volevano, potessero accordarsi in ordine alla perdita o alla restituzione delle donazioni, altra cosa era imporre *ex* lege ai medesimi questo regime.

Sembra proprio indiscutibile che Costantino volesse introdurre una forte remora allo scioglimento dei fidanzamenti, in una politica volta al rafforzamento dell'istituto matrimoniale (46).

La compilazione teodosiana va oltre, accogliendo non solo i provvedimenti di Costantino, sopra visti, ma anche le costituzioni degli imperatori successivi sulle arrhae sponsaliciae (47).

Da ultimo, occorre dire che nel C.Th., all'interno del libro terzo, titolo quinto (48), sono inseriti anche i testi riguardanti le donationes *ante nuptias* (49), che non vanno confuse con le donazioni di cui stiamo parlando,

---

(44) P. VOCI, *La storia della patria potestas da Costantino*, cit., II, 468, individua l'unica causa di scioglimento senza pena nella morte. In senso contrario, ma non condivisibile, F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova 1876, 384; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino 1925², 28.

(45) *Contra*, C. CASTELLO, *Legislazione costantiniana e conciliare in tema di scioglimento degli sponsali e di ratto*, in *AAC* 7 (1988), 384 ss.

(46) Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis. Opus recognitum... opera et studio A. Marvilii*, ed. nova, I, Lipsiae 1736, 303, *ad* C.Th. 3,5,2, che vede, nella esclusione di dette cause, la risposta imperiale ad un costume largamente praticato, la *levitas repudiorum*. Tuttavia, il legame tra la rottura degli sponsali e l'abolizione della *culpa* sembra inerire non solo alla leggerezza con la quale si sarebbero contratti e poi sciolti i fidanzamenti, ma anche ad una diversa politica imperiale, tesa a favorire la conclusione dei matrimoni. Non riconoscere, infatti, casi di scioglimento giustificato e sanzionare comunque il fidanzato che avesse materialmente rotto il vincolo sponsalizio, altro non appare se non una forma di coazione a mantenere in vita, a discapito di una sostanziale giustizia, il legame finalizzato alle nozze. In questo senso, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 110, parla di «regimepenale, tendente a indurre gli sposi alla esecuzione della promessa».

(47) Cfr. C.Th. 3,5,10; C.Th. 3,5,11; C.Th. 3,5,14.

(48) C.Th. 3,5: *De sponsalibus et ante nubtias donationibus.*

(49) Cfr. C.Th. 3,5,9; C.Th. 3,5,13.

perché rispondenti ad una *ratio* completamente diversa, owero non in 'considerazione' o nella 'speranza' del futuro matrimonio, ma per il 'sostentamento' del medesimo.

5. – Apparentemente con Giustiniano nulla cambia.

L'imperatore, infatti, recepisce nel codice la legge di Costantino ([50]),

([50]) Confrontiamo le due versioni:

C.Th. 3,5,2: Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nubtiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse iuris et tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si matrimonii non contrahendi causa ab sponsa, vel in cuius agit potestate, detegatur extitisse, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit; nullis causis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quidquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint. Sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia ad restitutionem seu repetitionem rerum donatarum sufficiat, cum universis causationibus pulsis nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere. 3 Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate, priusquam nubtiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonium diem functo, quae sponsaliorum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum qui donaverat revocari: eo etiam qui donaverat ante nubtias

C. 5,3,15: Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degente vel ullo modo proprii iuris constituti tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per condictionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit.

forse facendo salve le *iustae causae ripudii* (51), come si è visto escluse da quest'ultimo.

Si veda:

> C. 5,3,15. Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione per condictionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. D. XVII k. Nov. Constantino A. V et Licinio C. conss.

La natura coercitiva di questo regime, unita alla recezione all'interno

---

mortuo mox infirmari donationem et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas. 4 Quod beneficium usque ad personarn patris ac matris, filiorum etiam, si qui de priore matrimonio fuerint, stare decernimus, si quocumque modo ex his persona aliqua defuncto successerit. Quod si ex his nulla persona defuncti heres erit, sed ex reliquis gradibus quisquam succedat, donationes convenit etiam non insecutis ex causa mortis nubtiis convalescere, quoniam illis tantum personis credimus consulendum.

Accanto a piccole aggiunte (quali il termine parens affiancato a sponsus ed heredes a sponsa, compiute per esigenze di uniformità, nonché la menzione delle azioni accordate al donante per revocare quanto conferito), ciò che colpisce è, anzitutto, il taglio netto operato dai compilatori. Tutta la seconda parte, concernente il regime delle donazioni in caso di mancate nozze per la morte di uno dei nubendi, è stata eliminata ed implicitamente sostituita con la celebre costituzione dell'*osculum*, riportata di seguito (*C.* 5,3,16).

(51) Giustiniano, infatti, non riporta il punto in cui Costantino escludeva esplicitamente, ai fini della revoca delle donazioni, la rilevanza di giuste cause di ripudio. Ne consegue che il donante avrebbe potuto revocare l'oggetto della liberalità non solo nel caso in cui il donatario avesse sciolto gli sponsali *sine* causa, ma anche nel caso in cui quest'ultimo avesse offerto una giusta causa al ripudio attuato dal donante medesimo. Sul punto, cfr., per tutti, R. ASTOLFI, *Il* fidanzamento, cit., 174 s.

della compilazione dei provvedimenti in materia di *arrhae sponsaliciae* (52), continua, a dispetto della struttura degli sponsali e della conclamata libertà matrimoniale.

Tuttavia, Giustiniano, accogliendo nel Digesto il passo di Giuliano (53), visto sopra, e nel Codice alcuni rescritti tardo classici (54), sembra aver voluto riportare in vita quel tipo di donazioni tra nubendi abolito da Costantino nel 319, vale a dire le *donationes liberalitatis gratia,* definitive e irrevocabili indipendentemente dalla celebrazione del matrimonio.

Nello stesso tempo ciò pare smentito dalle parole *sive adfinitatis coeundae causa sive non ita* di *C.* 5,3,15 *pr.,* le quali apparentemente riconducono tutte le donazioni sponsalizie sotto il regime di quelle *adfinitatis contrahendae (coeundae) causa.*

L'antinomia è forse superabile seguendo il pensiero di alcuni antichi interpreti (55); Giustiniano avrebbe inteso disporre che tutte le donazioni tra fidanzati — tranne ovviamente le *donationes ante nuptias vel propter nuptias* (56) ` si dovessero presumere *donationes adfinitatis coeundae causa* fino a prova contraria. Una prova certa (57) della volontà di donare in modo definitivo avrebbe caratterizzato la donazione quale *donatio liberalitatis gratia.*

Se così è, tra la disciplina classica e quella giustinianea si sarebbe verificata una totale inversione. Infatti, secondo quest'ultima le *donationes inter sponsum et sponsam* (58) si sarebbero presunte *adfinitatis contrahendae (coeundae) causa,* salvo diversa intenzione espressamente manifestata dei nubendi, mentre secondo il regime classico ogni donazione tra fidanzati si sarebbe ritenuta *Ziberalitatis causa,* salvo apposito patto restitutorio.

Prima di proseguire la nostra indagine, è bene ribadire un punto. Con il mutamento intervenuto nell'atto degli *sponsalia,* il posto lasciato libero dalle stipulazioni penali è stato assunto, in età classica, dalle *donationes adfinitatis contrahendae causa factae* (da Giustiniano chiamate *donationes adfi-*

---

(52) C. 5,1: De sponsalibus et *arris* sponsaliciis et proxeneticis.

(53) D. 39,5,1,1 (Iul. 17 dig.).

(54) C. 5,3,10 e C. 5,3,11.

(55) Cfr., ad esempio, U.P. BALDUS, In *quartum* et *quintum* Codicis libros *commentaria,* Venetiis 1577, 156, ad C. 5,3,15; J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius* in *Codicem Justinianeum,* I, Coloniae Allobrogum 1771, 431, ad C. 5,3,15; J. CUJACIUS, In libr. XVII. Digest. Salvii Juliani. Recitationes *solemnes,* ad L. I De donationibus, in Opera, III, Par. Fabrot. ed., Prati 1837, 895; ACCURSIUS, *Glossa* in Codicem, in *Corpus Glossatorum* Juris Civilis, X, Torino 1968, 129, ad C. 5,3,15.

(56) Cfr. *infra.*

(57) Si leggano, al riguardo, le significative parole di J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius* in Codicem, cit., I, 430, ad C. 5,3,10, C. 5,3,11, C. 5,3,12: «Si palam sit ex confessione partium, vel depositione testium, vel verbis instrumenti, non esse rem datam intuitu & spe matrimonii...».

(58) Ad eccezione delle donationes *ante* nuptias *vel* propter nuptias.

nitatis coeundae causa). Queste condividevano con gli antichi *sponsaiia* la funzione di 'coartare' i nubendi al matrimonio; coartazione nel senso che esse costituivano una remora alla revoca del consenso.

Relegate in un canto le *donationes liberalitatis gratia,* l'orizzonte giustinianeo offre alla tradizione successiva sostanzialmente due tipi di donazioni tra fidanzati ([59]): quelle di cui ci siamo occupati fino ad ora e quelle di cui abbiamo fatto appena un cenno *(donationes ante nuptias* ([60])), perché sorte in età tarda e con una fisionomia ben definita (sono donazioni costituite dal solo *sponsus* 'per' le nozze e non nella 'speranza' delle nozze); donazioni rinominate da Giustiniano *donationes propter nuptias* ([61]) e correntemente rapportate alla dote ([62]), per sottolineare la loro finalità diretta *ad onera matrimonii ferenda.*

6. – Questi tipi di donazione tra nubendi rivivono nel basso medioevo grazie all'opera di glossatori e di commentatori, volta a fare del diritto romano non più un diritto tra i diritti, ma il 'diritto comune' ([63]).

Limitando la nostra osservazione alle sole *adfinitatis contrahendae causa donationes factae,* notiamo anzitutto che Irnerio, sotto il titolo *de donationibus inter sponsum et sponsam,* individua, accanto alle *donationes propter nuptias,* la categoria delle donazioni *semplices.*

([59]) *Con le espressioni 'donazioni tra fidanzati','donazioni tra nubendi' o 'donazioni* sponsalizie', *indichiamo una categoria generale, senza alcuna* valenza *tecnica, comprensiva di due tipi di liberalità giuridicamente ben definiti e differenziati quanto alla disciplina: le donationes adfinitatis contrahendae causa factae e le donationes propter nuptias (donazioni obnuziali).*

([60]) *Donationes ante nuptias che, in seguito alla riforma giustinianea, sono* rinominate *donationes propter nuptias.*

([61]) Cfr. C. 5,3,20 *pr. Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.:* (...) *sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem.*

([62]) C. 5,3,20,2: *Sicut enim dos propter nuptias fit et sine nuptiis quidem nulla dos intellegitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari, ita et in donationibus quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quae quasi antipherna possit intellegi et non simplex donatio.*

([63]) *Cfr., tra gli altri, A.* PERTILE, *Storia del diritto italiano,* II, *parte* II, *Torino* 1898², *49 ss; E. BESTA, Fonti del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero romano sino ai tempi nostri, Milano* 1944², *106 ss.; F.* CALASSO, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto (sec. V-XV), Milano* 1948², *189 ss.;* IDEM, *Introduzione al diritto comune, Milano 1951, 33 ss.; G. ASTUTI, Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti, età romano-barbarica, Padova 1953, 1 ss.; G.* CASSANDRO, *La genesi del diritto comune, in Il diritto comune e la tradizione giuridica europea, Atti del convegno di studi in onore di G. Ermini, Perugia 1980, 51* ss.; *G. ASTUTI, Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico, in Atti del Colloquio «Le droit romain et sa reception en Europe», Varsavia 1978, ora in G. ASTUTI, Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, I, Napoli 1984,237 ss.; E. GENTA, Appunti di diritto comune, Torino 1995, 17 ss.*

Con questo termine si designano senza dubbio le *donationes adfinitatis contrahendae causa factae.* Di esse è ripercorso *l'iter* giuridico fino al regime giustinianeo, ove «tacite.. illud inesse videtur, ut ita demum valeant, si matrimonium contractum fuit. alias enim quod inter eos donatum est ab utraque parte quasi ob causam datum causa non secuta repetitur, nisi pars quae dederit causam non contrahendi matrimonii praebuit: tunc enim et quae accepit reddet et quae dedit non repetit» (64). Irnerio approfondisce la costruzione giuridica, però, se abbiamo rettamente inteso, non esplicita lo scopo.

Lo stesso può dirsi di Accursio (65), il quale parla di *donationes contemplatione matrimonii,* che sempre si considerano tali, *nisi in contrarium sit actum.* Anche qui non ci sembra particolarmente evidenziata la funzione di tali liberalità.

Diversamente può dirsi di Baldo (66). Egli definisce tali donazioni come *donationes spe futuri matrimonii* (67). Con questa espressione si pone icasticamente l'accento sul fatto che il donante dona per indurre il donatario al matrimonio.

Dopo questa rapida incursione nel pensiero di glossatori e commentatori si esce con la sensazione, solo a tratti fugata (ad esempio nel caso di Baldo), di una assunzione, quasi asettica, della disciplina giustinianea (68), puntualizzata e rinnovata terminologicamente. Ma ci pare di notare un certo smarrimento delle ragioni ultime di queste liberalità e il senso della loro persistenza.

---

(64) IRNERIUS, *Summa* Codicis, Berlin 1894, 138. Irnerio, tuttavia, dà conto anche della facoltà concessa ai nubendi di derogare alla disciplina legislativa: «... ut ita demum donationes inter sponsum et sponsam factae valeant, si matrimonium contractum fuerit vel si expressim actum inter eos fuerit, ut donatio valeat, sive matrimonium contrahatur sive non, quod etiam ex personis et ex re intelligendum est».

(65) ACCURSIUS, Glossa in Codicem, cit., 256, ad C. 5,3,15. Anche Accursio rimarca la contrapposizione tra passato (*olim*) e presente (hodie) e ribadisce nei medesimi termini la disciplina compilatoria. In esso, tuttavia, si rinviene un riferimento molto esplicito ai genitori: «hodie si sponsus donat sponsae, vel econverso, semper intelligitur dare sub condicione, si matrimonium sequatur. Sed si sponsus donat sponsae, et parentes sponsi nolunt perficere matrimonium: tunc sponsa non tenet restituere donationem quam accepit, quin et promissam petere potest. Si vero pater sponsae noluerit, ut perficiat matrimonium: tunc sponsus et heredes sponsi repetere poterunt quod donatum est. Idem observet, quando sponsa donat sponso». Sulla disciplina giustinianea, cfr. anche BARTOLUS, *Commentaria,* t. VII, Venetiis 1590, 159, ad C. 5,3,15.

(66) BALDUS, In *quartum* et *quintum* Codicis, cit., 156, ad *C.* 5,3,15.

(67) Secondo BALDUS, In quartum et *quintum* Codicis, cit., 156, ad C. 5,3,15, queste donazioni si sarebbero presunte tali se concluse dopo gli sponsali, «nam si ante sponsalia, illa praesumit simplex et mera donatio».

(68) Anche il discorso sulle iustae causae di scioglimento degli sponsali ai fini della revocabilità delle donazioni non trova adeguato approfondimento.

7. – Da Baldo alle prime codificazioni il salto è senza dubbio temerario, ma sono queste che ci interessano e di esse scegliamo di considerare solo alcune.

Il Code Napoléon si caratterizza per l'apparente abbandono del dualismo giustinianeo; nel codice, infatti, si rinviene solo una disposizione espressamente dedicata alle donazioni sponsalizie:

> art. 1091. Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

Si tratta di donazioni fatte tramite il contratto di matrimonio. Inoltre, sempre a questo tipo di liberalità rinvia (69) l'art. 1088 che si riferisce alle donazioni fatte ai nubendi da terzi (70):

> art. 1088. Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

In questo luogo, le donazioni vengono definite donations en faveur du mariage. Combinando gli articoli ora visti (71) si ricava, altresì, che queste donazioni erano sospensivamente condizionate alla celebrazione delle nozze.

Tuttavia, è opportuno chiedersi quale dei due tipi di donazioni tra fidanzati presenti nel diritto giustinianeo il Code Napoléon abbia recepito negli articoli in discorso.

A nostro avviso, si tratta delle *donationes propter nuptias* (72). Nonostante qualche diversità (73), infatti, tali liberalità condividevano con queste ultime il fatto di essere subordinate alla tacita condizione del matrimonio e di essere inserite nel contratto nuziale; proprio quest'ultimo requisito richiama un tipo di donazioni fatte necessariamente nell'imminenza delle nozze e, come tali, destinate al sostegno di esse.

---

(69) L'art. 1088, infatti, pare richiamato dall'art. 1093. Leggiamo: art. 1093. La donation de biens à venir, ou de biens présens et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers (...).

(70) Ciò si evince dalla rubrica del capitolo VIII, capitolo in cui è inserito l'articolo in questione: 'Des Donations faites par Contrat de mariage aux Epoux, et aux Enfans à naître du mariage'. La rubrica del capitolo IX, invece, in cui è inserito l'art. 1093 recita: 'Des Dispositions entre Epoux, soit par Contrat de mariage, soit pendant le mariage'.

(71) Compreso l'art. 1093.

(72) Anche la terminologia sembrerebbe confermare il parallelismo: '*donationes* propter nuptias' e 'donation en faveur du mariage'.

(73) Le 'donations en faveur du mariage' si distinguono dalle donationes propter nuptias per il fatto che potevano essere costituite tanto dal fidanzato quanto dalla fidanzata. Le donationes propter nuptias, invece, potevano essere fatte soltanto dallo *sponsus*, rappresentando il 'corrispettivo' della dote, contributo muliebre.

Sennonché, la dottrina (74) è giunta all'individuazione di due tipi di liberalità, distinguendoli in base al contratto in cui esse erano contenute: la donazione fatta par un contrat de mariage si sarebbe presunta en faveur du mariage e, pertanto, sottoposta alla tacita condizione delle nozze (75); al contrario, la donazione fatta par un contrat séparé si sarebbe considerata, in difetto di una espressa volontà delle parti, non subordinata alla condizione del matrimonio e, come tale, irrevocabile al pari di ogni altra donazione (76).

Orbene, né il Code né la scienza giuridica hanno dato rilevanza autonoma alle *donationes adfinitatis contrahendae causa factae*. Forse non è superfluo sottolineare che con la scomparsa di questo tipo di donazioni, la cui *ratio* era quella di 'vincolare' alle nozze future, si sia voluto valorizzare al massimo la libertà matrimoniale (77).

---

(74) Cfr., tra gli altri, A. DURANTON, *Corso* di diritto civile secondo il codice francese, Napoli 1847, 199; C. DEMOLOMBE, Traité des donations entre-vifs et des testa*ments*, VI, Paris 1866, 282; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Delle* donazioni fra vivi e dei testamenti, in Trattato teorico pratico di diritto civile, II, Milano 1882, 828; F. LAURENT, Principi di diritto civile, trad. it., XV, Napoli 1884, 158 s.

(75) Sul punto, cfr., oltre agli autori citati alla nota precedente, C.S. ZACHARIAE, Corso di diritto civile francese, trad. it., III, Napoli 1851, 174 n.1; V. MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code *Napoléon*, IV, Paris 1852[5], 210.

(76) Art. 894. La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.

(77) Tuttavia, nel Code Napoléon non c'è un articolo in cui si trovi espressamente sancito il principio della libertà matrimoniale, a differenza degli altri codici di derivazione francese. Si veda, infatti, il §45 del Codice civile Austriaco per il Regno Lombardo-Veneto: Gli sponsali o sia la promessa di unirsi in matrimonio, sotto qualunque circostanza o condizione sia stata fatta o accettata, non produce obbligazione legale nè a contrarre matrimonio, nè a soddisfare a quanto fosse stato stipulato pel caso che si receda dalla promessa.

Art. 148 del Codice per il Regno delle due Sicilie. La promessa di matrimonio in qualunque modo, e sotto qualsivoglia condizione data o ricevuta, non produce civilmente alcuna legale obbligazione nè per lo adempimento, nè per la prestazione di ciò che siasi promesso nel caso d'inadempimento. Soltanto la promessa fatta innanzi allo stato civile, a' termini del capitolo III del titolo II, darà luogo in caso d'inadempimento alla rifazione del danno a pro della persona che non abbia dato ragionevole motivo a recederne.

Art. 40 del Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla. La promessa di unirsi in matrimonio comunque data ed ottenuta non attribuisce diritto di fare opposizione, e nemmeno obbliga alla esecuzione di ciò, che è stato pattuito in caso di non adempimento. Alla parte, che non diede alcun fondato motivo all'altra di mancare alla promessa, è riservato il solo diritto di farsi risarcire dei danni sofferti.

Art. 48 del Codice civile della repubblica e cantone del Ticino. Qualunque promessa di future nozze non produce obbligazione civile, se non è susseguita dall'effettivo matrimonio (...).

La sistematica del Code Napoléon, entrato in vigore per il Regno d'Italia nel 1806, è seguita anche da altre codificazioni (78), di poco successive (79). Così, ad esempio, dal Codice per il Regno delle due Sicilie del 1819 (80), dal Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 (81) e, infine, dal Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 1838 (82). È significativo osservare come la locuzione 'donations en faveur du mariage' sia stata uniformemente intesa come 'donazioni a contemplazione di matrimonio' (83).

Anche il Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino del 1837 prevede le 'donazioni fatte a contemplazione di matrimonio (84)' — donazioni sospensivamente condizionate alla celebrazione delle nozze —. Tutta-

---

Art. 107 del Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna. Qualora gli sponsali siano stati dichiarati validi dal Giudice ecclesiastico, o non ne sia tra i contraenti contestata la validità, se uno di essi si ricusa di adempiere la fatta promessa, l'altro, ove gli sponsali siano stati contratti nella forma prescritta nel precedente articolo, avrà il diritto di domandare avanti il Tribunale di Prefettura il risarcimento del danno effettivamente sofferto. Non si avrà riguardo ai danni eventuali, come neppure alle clausole penali che si fossero apposte alla stipulazione.

(78) Sull'influenza del Code Napoléon sulle codificazioni successive, si veda, per tutti, G. ASTUTI, Il «*Code Napoléon*» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successori, in Atti del convegno ((Napoleone l'Italia» (8-13 ottobre *1969),* Accademia Nazionale dei Lincei: Problemi attuali di scienza e di cultura, Roma 1973, ora in G. ASTUTI, Tradizione *romanistica,* cit., II, 711 ss.; A. GAMBARO - R. SACCO, Sistemi giuridici comparati, Torino 1996, 371 ss.

(79) Per quanto riguarda le codificazioni citate, rimandiamo, per tutti, alla Collezione completa dei moderni Codici civili degli Stati d'Italia, Torino 1845, 1 ss.; inoltre, con ampia bibliografia, G. TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Bologna 1988, 90 ss.

(80) Art. 1043. Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà caduca, se il matrimonio non siegue. Art. 1046. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente, o l'uno de' due all'altro, le donazioni che vorranno, sotto le modificazioni qui appresso indicate.

(81) Art. 1938. Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà senza effetto, se il matrimonio non segue. Art. 1941. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi donazione reciprocamente, o l'uno dei due all'altro, sotto le modificazioni in appresso indicate.

(82) Art. 1181. Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà senza effetto se il matrimonio non segue. Art. 1183. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi donazione reciprocamente, o l'uno dei due all'altro (...).

(83) Anche nella traduzione italiana del Code Napoléon, entrato in vigore per il regno d'Italia nel 1086, la locuzione 'donations en faveur du marige' è resa con 'donazioni a contemplazione di matrimonio'; nella traduzione latina, analogamente, '*donatio contemplatione matrimonii facta*'.

(84) Art. 995. Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà senza effetto se il matrimonio non segue. Art. 997. Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi donazione reciprocamente, o l'uno dei due all'altro sotto le modificazioni in appresso indicate.

via, all'interno del libro primo, titolo quinto ([85]), si rintraccia una novità:

> Art. 48. Qualunque promessa di future nozze non produce obbligazione civile, se non è susseguita dall'effettivo matrimonio.
>
> §1. La parte recedente senza fondato motivo è tenuta alla restituzione di quanto avesse ricevuto a contemplazione di tale promessa, ed al risarcimento dei danni occasionati.

L'art. 48, comma primo, individua espressamente un altro tipo di liberalità sponsalizia, 'fatto a contemplazione della promessa di matrimonio' ([86]), liberalità che deve essere restituita dalla parte recedente senza fondato motivo.

Sembra fuor di dubbio che in questa norma sia riapparsa la vecchia figura delle *donationes adfinitatis contrahendae causa factae.* Quanto si fosse consapevoli della sua *ratio* originaria, consistente, come sappiamo, nel frapporre ostacoli al recesso dal futuro matrimonio ([87]), non conosciamo.

8. – Dai codici di derivazione francese, ora visti, si distinguono nettamente quelli di derivazione germanica. Infatti, sia l'ALR (Allgemeines Landrecht fur die Preussischen Staaten) del 1794, sia l'ABGB (Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch) austriaco del 1811, sia il Sachsisches BGB del 1865 danno riconoscimento alle *donationes adfinitatis contrahendae causa factae* e alla relativa disciplina di origine romana.

Rispettando l'ordine enunciato, leggiamo:

> §112 ALR. Wer ohne rechtlichen Grund die Erfullung eines Ehegelobnisses beharrlich verweigert, oder sich selbst dazu außer Stand setzt; der verliert die dem andern Theile gemachten Geschenke, muß die von demselben erhaltenen zuruckgeben, und alle wegen des Ehegelobnisses aufgewendete Kosten ersetzen.
>
> §1247 ABGB. (...) Wenn aber ein verlobter Teil dem andern; oder auch ein Dritter dem einen oder andern Teile in Rücksicht auf die kunftige Ehe etwas zusichert oder schenkt; so kann, wenn die Ehe ohne

---

([85]) Libro primo, titolo quinto: 'Del matrimonio'.

([86]) Si confrontino le espressioni impiegate: 'contemplazione di matrimonio' nell'art. 995, 'contemplazione della promessa di matrimonio' nell'art. 48, comma primo.

([87]) Infatti, seguendo la disposizione del Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino, in caso di liberalità provenienti da uno solo dei fidanzati, mentre il donante recedente dalla promessa non avrebbe mai potuto riottenere quanto conferito, il donatario recedente avrebbe dovuto restituirla soltanto nell'ipotesi in cui avesse sciolto il vincolo sponsalizio senza un fondato motivo. L'effetto coercitivo, quindi, si sarebbe prodotto esclusivamente sul donatario, dal momento che il donante ben sapeva che un suo eventuale ripensamento, giustificato o meno, gli avrebbe comunque negato la ripetizione.

> Verschulden des Geschenkgebers nicht erfolgt, die Schenkung widerrufen werden ([88]).
>
> §1585 Sachsisches BGB. Tritt ein Theil ohne Grund von dem Verlobnisse zurück, oder veranlaßt er durch seine Verschuldung dessen Auflosung, so verliert er Das, was er als Mahlschatz oder Geschenk gegeben, und giebt zurück, was er empfangen hat, und zwar die vorhandenen Gegenstande selbst, oder, wenn er die Unmöglichkeit der Ruckgabe verschuldet hat, den Werth des Empfangenen. Hat er vertretbare Sachen empfangen, so ist derselbe Vertrag zurück zu erstatten ([89]).

Con varianti di scarsa importanza, queste norme contemplano il caso del fidanzato che rifiuti il matrimonio senza giustificato motivo, sancendo che esso, come tale, perda quanto ha donato e restituisca quanto ha ricevuto ([90]), unitamente al risarcimento dei danni.

Orbene, i codici di area germanica, a differenza di quelli di derivazione francese, hanno ripreso, esaltandole ([91]), le donationes *adfinitatis contra*hendae causa factae che, come sappiamo, avevano lo scopo di esercitare una indiretta coazione alla conclusione del matrimonio.

Anche qui con quale consapevolezza di questa ratio originaria e del fatto che essa contrasta con il principio della libertà matrimoniale non sappiamo.

9. – Il codice civile del 1865 sembra allinearsi con l'indirizzo tracciato dal Code Napoléon, prevedendo un solo tipo di liberalità sponsalizia.

Leggiamo, al riguardo, l'art. 1068:

> Art. 1068. Qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio è senza effetto, se il matrimonio non segue (...).

([88]) Un'altra disposizione prende in considerazione un tipo di donazione avente la funzione di 'controdote'. Leggiamo: §1217 ABGB. Ehepakte heißen diejenigen Vertrage, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung uber das Vermogen geschlossen werden, und haben vorzuglich das Heiratsgut; die Widerlage; Morgengabe; die Gutergemeinschaft; Verwaltung und Fruchtnießung des eigenen Vermogens; die Erbfolge, oder die auf den Todesfall bestimmte lebenslange Fruchtnießung des Vermogens, und den Witwengehalt zum Gegenstande.

([89]) Cfr. $1584 Sachsisches BGB. Wird das Verlöbniß durch gegenseitiges Einverständniß oder wegen eines Grundes aufgehoben, bei welchem keinem Theile eine Verschuldung zur Last fallt, so sind die Mahlschatze und Geschenke, soweit sie vorhanden, gegenseitig zurückzugeben. Sind vertretbare Sachen gegeben worden, so ist derselbe Vertrag zu erstatten. Dunque, se il fidanzamento si fosse sciolto di comune accordo oppure senza colpa di alcuna parte, ogni dono avrebbe dovuto essere restituito.

([90]) Cfr. §1247 del Codice civile generale austriaco per il Regno Lombardo-Veneto del 1816. Si legga: §1247. (...) Se poi uno sposo promette o dona all'altro, o un terzo ad uno di essi in contemplazione del futuro matrimonio, la donazione può rivocarsi allorché senza colpa del donante il matrimonio non sia seguito.

([91]) In esse, infatti, si rinviene espressamente l'obbligo al risarcimento dei danni.

Il modello è senz'altro rappresentato dall'art. 1088 del Codice Napoleonico:

> art. 1088. Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

Sennonché, non solo la dicitura si dilata ('donazioni fatte in riguardo di futuro matrimonio', anziché 'donations en faveur du mariage'), ma viene anche omesso il requisito dell'inserimento della donazione nel contratto nuziale (92) e, con esso, un sicuro rinvio alle sole donazioni propter nuptias. Di conseguenza, il legislatore del 1865 sembra aver sottoposto alla condizione matrimoniale qualsiasi donazione sponsalizia.

A fronte di questa incertezza legislativa, parte della dottrina italiana (93) ha seguito la dottrina francese, citata sopra, assumendo, da un lato, che le donazioni incluse nel contratto nuziale si sarebbero presunte in contemplazione di matrimonio (cioè propter nuptias) e ad esso condizionate, dall'altro, che le liberalità non inserite nel contratto suddetto dovessero considerarsi irrevocabili.

Al contrario, la giurisprudenza prevalente (94) ha preferito riconoscere in ogni donazione sponsalizia, comprensiva anche dei doni manuali di modico valore, una 'donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio' (cioè propter nuptias), salvo prova contraria (95).

Sulla libertà matrimoniale e sui vincoli ad essa imposti attraverso le donazioni, ci pare di capire incidesse, in misura maggiore, il punto di vista della giurisprudenza che quello della dottrina.

---

(92) Cfr. art. 1091 e art. 1093 del Code Napoléon, visti sopra.

(93) Per tutti, F. RICCI, Corso teorico pratico di diritto civile, IV, Torino 1893, 489 ss.; *contra,* G.B. FUNAIOLI, La restituzione dei doni fatti tra fidanzati, quando sia mancato *il* promesso matrimonio, in Ann. dir. *comp.* e studi *leg.,* II serie, 12 (1937), 178 ss.

(94) Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 1902, in Trib. giur., 1902, 219; Pret. Palermo, 16 aprile 1910, in Foro sic., 1910, 1035; App. Milano, 11 luglio 1919, in Foro it., 1920, I, 38 ss.; App. Milano, 8 febbraio 1929, in *Mon.* Trib., 1929, 339; Trib. Roma, 22 gennaio 1932, in Temi *rom.,* 1932, 142; Pret. Vallo di Lucania, 20 agosto 1932, in *Ann.* dir. comp. e studi *leg.,* II serie, 12 (1937), 178 s. Per una più completa rassegna giurisprudenziale, si veda, per tutti, M.V. DE GIORGI, La promessa di matrimonio, cit., 765 s. Contrastarono questo orientamento, Cass. Napoli, 13 agosto 1881, in *Il Filangieri,* 1881, II, 327 ss.; Trib. Milano, 22 aprile 1912, in Temi *lomb.,* 1912, 694. Inoltre, si veda R. JANNUZZI, nota a Cass. Napoli, 13 agosto 1881, cit., 327 s.; A. ASCOLI, nota a Pret. Campobasso, 10 agosto 1919, in Foro it., 1920, I, 42; G.B. FUNAIOLI, La restituzione, cit., 179 s.; M. DI NOLA, I doni tra fidanzati, in Foro it., 1937, I, 450 ss.; A. VAGLIASINDI GUZZARDI, La restituzione dei doni fra fidanzati nel nuovo codice civile, in Riv. dir. civ., 1940, 509 ss.

(95) Così, App. Milano, 11 luglio 1919, cit., 44: «Se dunque non esiste una presunzione legale per cui sempre e in tutti i casi debba ritenersi che i regali fatti da uno sposo all'altro abbiano per unica causa il futuro matrimonio, è così generale l'attribuzione di un tale carattere e di un tale movente ai doni prenuziali che ben può affermarsi esistente una presunzione *juris tantum*».

Infatti, per la dottrina, a parte le donazioni obnuziali (96) contemplate nel contratto, tutte le altre donazioni erano irrevocabili e, come tali, non destinate a condizionare il consenso al futuro matrimonio. Viceversa, la dilatazione delle donazioni condizionate oggettivamente alla celebrazione delle nozze, prospettata dalla giurisprudenza, si traduceva in altrettanti ostacoli a respingere l'unione promessa.

Quanta consapevolezza ci fosse di ciò nel suddetto orientamento dei giudici non è dato sapere esattamente, A noi sembra poca. Infatti, va ricordato uno spunto giurisprudenziale isolato (97), volto a riconoscere, sulla base di consuetudini locali, l'efficacia delle donazioni allorché il matrimonio non fosse seguito per colpa del donante. Questo indirizzo è stato immediatamente avversato (98), in quanto si sostenne che impedire la revoca del dono se le nozze non si fossero verificate per colpa del donante equivaleva a «stipulare una pena pel caso di mancato adempimento alla promessa di matrimonio» (99), in evidente contrasto con l'art. 53 c.c. (100), a tutela della libertà matrimoniale.

Tuttavia, questo argomento ha valore solo se si osserva la posizione del donante. Quella del donatario, invece, non è in pari misura salvaguardata, neppure applicandosi la condizione oggettiva; appare chiaro, infatti, che se ogni donazione fosse stata vincolata all'unione, il donatario, messo nelle condizioni di scegliere tra le liberalità e le nozze, sarebbe stato di fatto 'coartato' verso queste ultime (101).

10. – Il codice civile del 1942, influenzato in pari misura dal Code Napoléon e dal BGB (102), ha recepito entrambi i tipi di donazione, quelli *prop-*

---

(96) Si tratta delle donationes propter *nuptias* giustinianee.

(97) Pret. Campobasso, 10 agosto 1919, in Foro *it.*, 1920, I, 44 ss.

(98) Cfr., A. ASCOLI nota a Pretura di Campobasso, 10 agosto 1919, cit., 38 ss.; Trib. Genova, 9 giugno 1920, in Mon. trib., 1920, 636 s.; Pret. Vallo di Lucania, 20 agosto 1932, cit., con nota di G.B. FUNAIOLI, La restituzione, cit., 180.

(99) A. ASCOLI, nota a Pretura di Campobasso, 10 agosto 1919, cit., 42; G.B. FUNAIOLI, La restituzione, cit., 180, si esprime in questi termini: «... del resto, se ciò avvenisse, sarebbe introdotto un limite alla libertà dei fidanzati di non addivenire alle nozze».

(100) Art. 53. La promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima.

(101) Questo orientamento, inoltre, avrebbe finito con il favorire il donante, ovvero proprio colui che, mediante la donazione, avrebbe potuto cercare di 'assicurarsi' l'assenso del donatario.

(102) Il BGB prevede la restituzione in caso di mancata conclusione delle nozze. Si veda §1301 [Ruckgabe der Geschenke]: Unterbleibt die Eheschließung, so kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlobnisses gegeben hat, nach den Vorschriften uber die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Ruckforderung ausgeschlossen sein soll, wenn das Verlobnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelost wird.

ter nuptias (103) e quelli *adfinitatis contrahendae causa* (104).

Il legislatore del 1942 — che non va dimenticato all'art. 79 sancisce il principio della libertà matrimoniale (105) — se avesse avuto consapevolezza della ragione storica del secondo tipo di donazioni avrebbe, assai verosimilmente, cancellato l'art. 80.

ABSTRACT

L'autore, ripercorrendo il fenomeno delle donazioni a causa della promessa di matrimonio in una prospettiva storico-comparatistica, si propone di dimostrare il ruolo insostituibile del diritto romano quale strumento interpretativo del diritto moderno. Principali testi: D. 39,5,1,1; Vat. 262; C.Th. 3,5,2; C. 5,3,15; art. 1091 Code Napoléon; §112 ARL; §1247 ABGB; 91585 Sachsisches BGB; art. 1068 Codice civile del 1865; art. 80 Codice civile del 1942.

The author, reviewing the phenomenon of donations because of the promise of marriage in a historic-comparative perspective, intends to demonstrate the irreplaceable role of the Roman Law as an interpretative instrument of the Modern Law. Mein texts: D. 39,5,1,1; Vat. 262; C.Th. 3,5,2; C. 5,3,15; art. 1091 Code Napoléon; §112 ARL; §1247 ABGB; §1585 Sächsisches BGB; art. 1068 Codice civile del 1865; art. 80 Codice civile del 1942.

Analogamente, il Codice civile svizzero, all'art. 94: [1]Les fiancés peuvent, en cas de rupture, réclamer les présents qu'ils se sont faits. [2]Si les présents n'existent plus en nature, la restitution s'opère comme en matière d'enrichissement illégittime. [3]Il n'y a jamais lieu à répétition lorsque la rupture des fiançailles est causée par la mort.

(103) Art. 785 c.c., visto sopra.

(104) Art. 80 c.c., visto sopra.

(105) Cfr. Court of Appeals of New York, 1917 — 221 N.Y. 431, caso De Cicco v. Schweizer et al., in G. GORLA, *Il* contratto, Milano 1955, II, 481, in cui si riconosce alla promessa di donazione il potere «di determinare (to control) la condotta di coloro cui essa intendeva recare vantaggio».Proprio il primato della libertà matrimoniale ci porta a non concordare con G. TEDESCHI, sv. Matrimonio *(promessa* **di),** cit., 424 n. 3, favorevole all'attuale disciplina, poiché, seguendo la regola della irrevocabilità, «sarebbe facile speculazione, per donne avventurose e anche per uomini di pochi scrupoli (sebbene cotesta ipotesi possa avverarsi più raramente), il promettersi in matrimonio, allo scopo di conseguire dei donativi (che spesso sono cospicui) e poi sciogliersi dal vincolo, avendo raggiunto l'intento».

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

ELISA MASTELLARI

MUTAMENTO DI FEDE RELIGIOSA E AFFIDAMENTO DELLA PROLE

Sommario

Introduzione. - I. *Educazione familiare* e *libertà religiosa del minore:* 1. Il compito educativo. - 2. Il momento dell'acquisto, da parte del minore, del diritto di libertà religiosa. - II. *Il fattore religioso nel caso di separazione personale dei coniugi:* 1. Le origini: la sentenza del Tribunale di Ferrara, 31 agosto 1948. - 2. La sentenza della Corte d'Appello di Bologna, 13 aprile 1950. - 3. Gli orientamenti successivi.

INTRODUZIONE

Il tema dell'educazione religiosa è sempre stato un problema imbarazzante per quegli ordinamenti giuridici che, come l'Italia, costituzionalmente si dichiarano aconfessionali e laici (artt. **3,** 8, e 19), garantendo così la libertà di professione al loro interno, accettando cioè le scelte individuali per qualsiasi religione o culto che non si ponga in contrasto con i minimi etici della civile convivenza (1).

A prima vista, quanto detto può sembrare una contraddizione, ma occorre precisare che quando si parla di educazione religiosa non ci si riferisce semplicemente ad una scelta individuale del genitore, bensì ad una scelta che i genitori stessi compiono per il figlio, una scelta che, quindi, condiziona lo sviluppo della sua personalità; infatti, vengono coinvolti inte-

(1) Molti autori hanno scritto sulla tematica della laicità del nostro Stato; cfr. per il passato, GUERZONI, *Note preliminari per uno studio della laicità dello Stato sotto il profilo giuridico,* in *Arch. giur.,* vol. 172, 1967, p. 61 e ss.; di recente, TEDESCHI, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali,* in *Dir. Eccl.,* 1993, p. 540 e ss.; AA.VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea,* a cura di Dalla Torre, Torino, 1993; LARICCIA, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia,* in *Dir. Eccl.,* 1995, I, p. 383 e ss.; ONIDA, *Il problema dei valori nello Stato laico,* in *Dir. Eccl.,* 1995, I, p. 672 e ss.

ressi di soggetti (i minori) particolarmente degni di tutela per il loro essere in formazione, ed è quindi necessario individuare l'interesse che, secondo l'ordine gerarchico dei valori assunto a fondamento dell'ordinamento giuridico costituzionale, sarà più meritevole di tutela nell'eventuale conflitto tra gli interessi stessi. Più semplicemente, occorrerà misurare la meritevolezza di tutela attribuita alla religione scelta dal genitore con l'interesse concreto del minore a ricevere quell'insegnamento religioso piuttosto che un altro o, addirittura, nessuno.

Fintanto che l'Italia si poteva considerare uno Stato caratterizzato da una indiscussa omogeneità in campo religioso, non ci si poneva alcun interrogativo, dato che veniva esclusa qualsiasi possibilità di alternativa: la religione imposta ai figli era sempre e comunque la religione cristiano-cattolica. I problemi si sono presentati nel momento in cui hanno iniziato a diffondersi religioni diverse, anche molto lontane dalla cultura occidentale.

Ora, in Italia, i culti maggiormente diffusi, accanto alla religione cristiana ed ebraica, sono la religione mussulmana e dei Testimoni di Geova, due religioni che, come è noto, richiedono (ed ottengono) dai loro adepti un rigido impegno religioso.

In uno Stato che garantisce la libertà di professione religiosa, la coesistenza di più religioni diverse non dovrebbe presentarsi come fonte di particolari problemi, ma occorre di nuovo sottolineare che non si tratta solamente di tutelare la libertà di religione dei genitori, ma valutare se e in che misura tale libertà possa essere limitata o negata a fronte dell'interesse del minore. Inoltre, ci si è accorti che l'aspetto religioso non è un qualcosa che riguarda solo l'aspetto spirituale ed interno della persona, ma può rappresentare anche un potenziale fattore di scontro tra i genitori e lo Stato, nella tutela della salute e dell'integrità fisica del minore. Infatti, l'educazione religiosa può essere fonte di conflitti e provocare l'intervento dell'autorità giudiziaria, non solo nel caso in cui tra i genitori non si riuscisse a raggiungere un accordo sul tipo di religione da impartire al figlio, ma anche per tutelare l'interesse del minore nel momento in cui ci si scontrasse con culti che contrastano con i principi etici comunemente accettati.

Nel nostro ordinamento giuridico la questione dell'educazione religiosa, di solito, veniva considerata esclusivamente dalla posizione dei genitori, tant'è vero che la maggior parte delle controversie decise dai tribunali e la stessa elaborazione dottrinale si sono più che altro occupate del conflitto che può sorgere in merito tra l'uno e l'altro genitore, sia in costanza di matrimonio (dove il contrasto si presenta particolarmente acuto soprattutto nei c.d. matrimoni misti), sia in regime di separazione o divorzio.

Negli ultimi anni, però, si è evidenziato che il problema della scelta e della professione di un credo religioso acquista un'importanza particolare nell'ambito dell'educazione in generale, proprio a causa del possibile conflitto che può sorgere tra genitori e figlio, nel caso in cui quest'ultimo non condivida la scelta compiuta dai genitori.

Per quanto riguarda il contrasto che può sorgere tra i genitori, a seguito del mutamento di fede religiosa di uno dei due, si cercherà di individuare quali conseguenze tale conflitto può avere. Infatti, se il contrasto tra i genitori diviene insanabile, al punto tale da giungere alla domanda di separazione, occorrerà valutare se tale mutamento si possa considerare motivo di addebito della separazione stessa, ma, soprattutto, se possa incidere sulla scelta del genitore affidatario che il giudice dovrà compiere.

Per quanto riguarda, invece, il conflitto che può sorgere tra genitori e figlio, in merito all'educazione religiosa, si cercherà di individuare se e quali limiti incontrino i genitori che, nell'esercizio della loro potestà, decidano di impartire al figlio un determinato credo, tentando, di conseguenza, di scoprire se si possa ammettere un autonomo diritto di libertà religiosa il cui esercizio, da parte del minore, possa contrastare con la divergente decisione dei genitori.

Premesso ciò, la dottrina dominante riconosce negli artt. 19 e 29 Cost. le norme fondamentali per individuare la posizione educativa dei genitori in materia religiosa. Si deve ricordare, infatti, che l'art. 19 Cost. tutela la libertà di professione religiosa sotto ogni forma e tipo di esercizio, privato o pubblico, con l'unico limite della non contrarietà dei riti al buon costume, e che l'art. 29 Cost. riconosce una tutela costituzionale alla famiglia e ciò significa, adottando una concezione evolutiva della famiglia e del suo ruolo istituzionale, garantirle quanta più autonomia possibile.

Da questi presupposti, tradizionalmente, si è ritenuto che spettasse solamente ai genitori, in quanto depositari esclusivi della funzione educativa, scegliere se e a quale insegnamento religioso indirizzare il proprio figlio. Su questi basi si può, quindi, affermare che lo Stato non può intervenire, stabilendo il contenuto religioso dell'educazione che i genitori devono impartire ai figli: il compito educativo deve essere lasciato all'autonomia decisionale dei genitori, i quali sono liberi di impartire ai figli la religione che più risponde alle proprie esigenze spirituali o, addirittura, di optare per un'educazione areligiosa. Infatti, lo Stato, al fine di garantire l'autonomia della famiglia, non impone alla coppia modelli o stili di vita precostituiti, né, tanto meno, schemi educativi da seguire (2).

Il problema sorge nel momento in cui esistono contrasti tra i genitori circa l'educazione religiosa, contrasti che spesso sfociano in una richiesta di separazione. Il giudice, in tali casi, deve decidere a chi dei due genitori affidare il figlio, facendosi guidare, nella sua scelta, dall'esclusivo interesse del minore, ma non può farsi influenzare dalle differenti opzioni religiose

(2) DOGLIOTTI, voce Rapporti personali (dir. priv.), in Enc. Dir., XXXVIII, 1987, p. 401; GIACOBBE, Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia, in Iustitia, 1982, p. 103 e ss., in particolare p. 168 e *ss.*

manifestate dai coniugi. Il giudice, cioè, non potrà entrare nel merito di una religione, valutandone i principi, le idee e il pensiero, ritenendoli più meritevoli (e quindi più idonei all'interesse del minore), dei principi, delle idee e del pensiero caratterizzanti la religione preferita dall'altro genitore. Ciò a cui deve guardare il giudice è esclusivamente l'interesse morale e materiale del minore (3): non essendo possibile discutere «la moralità di una scelta di vita, non può il giudice porre giudizi di valore che sarebbero il portato della sua personale educazione e delle sue scelte» (4).

Si può quindi sostenere che l'esclusione di possibili interferenze confessionali e di imposizioni autoritative di modelli educativi corrisponde ad una ideologia costituzionale della famiglia, che alla sua autonomia guarda come ad un principio in nessun caso derogabile, per cui un intervento giudiziale con funzioni correttive o di controllo si legittimerebbe soltanto di fronte ad un operato familiare in contrasto con «i minimi etici della civile convivenza» (5). Sebbene con una certa difficoltà iniziale, si è giunti a ritenere che anche la scelta di non impartire al figlio alcun insegnamento religioso deve essere pienamente rispettata, sempre purché, naturalmente, non sia accompagnata da atteggiamenti pedagogici particolarmente negativi (6).

Tradizionalmente si sostiene che la scelta sull'educazione religiosa da impartire al figlio debba comunque essere adottata da entrambi i genitori, anche se separati, in quanto si ritiene che tale tipo di scelta rientri tra le

---

(3) Trib. Massa, 18 settembre 1986, in *Dir.* fam., 1987, p. 265 e ss. e in Foro Pad., 1986, I, 373 e ss., con nota di CONDÒ, L'intervento del giudice e l'educazione religiosa. Cfr. anche Trib. Roma, 3 febbraio 1988, in Dir. fam., 1990, p. 474 e ss. e in Quad. dir. pol. eccl., 1990/1, p. 634 e ss.

(4) FINOCCHIARO A. e M., Diritto di famiglia, vol. I, Milano, 1984, p. 557 e ss. Cfr. MANTOVANI M., voce Separazione personale dei coniugi, I) Disciplina sostanziale, in Enc. Giur. Treccani, 1994, p. 23, ove sostiene la rigorosa neutralità del giudice rispetto ad opposti sistemi di valori cui si ispiri la condotta educativa dei genitori. Secondo BESSONE, Garanzie costituzionali di tutela della famiglia, educazione del minore e regime *dell'art.* 147 C.C., in Giur. it., 1980, I, 2, p. 35, in applicazione della direttiva emergente dall'art. 29 Cost., l'intervento del giudice in tema di conflitti sull'educazione religiosa può assumere solo natura collaborativa.

(5) Trib. min. Emilia Romagna, 7 febbraio 1978, in Dir. *fam.,* 1979, p. 1199 e ss., con nota di BESSONE, Il modello di famiglia prefigurato dall'art. 29 *c.1* Cost., la funione educatrice dei genitori, il ruolo e l'ambito di operatività deil'intervento giudiziale.

(6) Emblematiche a tal proposito sono le seguenti pronunce: Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, in Giur. it., 1948, I, 2, 502 con nota critica di Bigiavi, con la quale, in sede di separazione giudiziale, si era affidato il figlio minore alla madre, in quanto il padre era un «ateo perfetto» (si veda più diffusamente il par. 1, sezione II) ; Trib. min. Trento, 28 aprile 1976, in Giur. merito, 1979, I, 362 con nota di Dogliotti, nella quale si riconosce che la «professione di ateismo, se non accompagnata da orientamenti pedagogici particolarmente negativi, non è tale da poter condurre alla decadenza della potestà».

decisioni di maggiore interesse per i figli (7) (art. 155, 3° comma, C.C.), dato che si tratta di un aspetto rilevante per la formazione della personalità del minore: tale soluzione sembra confermare la permanenza, anche tra coniugi separati, di un dovere di collaborazione, funzionale all'interesse della prole, proprio per permetterle di superare con i minori danni possibili la rottura del rapporto tra i genitori (8). Ma se l'accordo non si raggiunge, visto che l'educazione religiosa costituisce una di quelle decisioni di maggiore interesse per i figli, i genitori potranno invocare la mediazione giudiziale (9), che dovrà sfociare nell'adozione della scelta che meglio risponde all'interesse della prole. In questa indagine, e nella conseguente valutazione, il giudice non potrà operare una scelta, è bene ribadirlo, in funzione delle convinzioni religiose dei genitori e dell'educazione che sul piano confessionale ciascuno di essi intende impartire, salvo che la confessione religiosa risulti negatoria dei minimi etici della civile convivenza (10) ed infranga perciò i limiti fondamentali dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost., col serio pericolo che possa risultare traumatica per il minore (11).

Se quelli appena esposti sono i principi che dovrebbero regolare il nostro ordinamento, si deve comunque ammettere che la nostra giurisprudenza, anche recente, si dimostra molto più 'confessionale' di quanto dovrebbe, dato che, pur affermando la piena libertà di espressione religiosa, ri-

---

(7) Conferma di questo anche in giurisprudenza, cfr. per tutte Cass., 27 febbraio 1985, n. 1714, in Giust. civ., 1986, I, p. 1977, la quale stabilisce che le decisioni relative all'educazione religiosa, nel rispetto delle aspirazioni dei figli ai sensi dell'art. 147 C.C., dovrebbero essere adottate di comune accordo da entrambi i genitori: si tratta di decisioni che indubbiamente «concorrono in maniera non trascurabile alla conformazione della persona», e rientrano pertanto in quelle di «maggioreinteresse» che la legge (art. 155, 3° comma, C.C.) riserva appunto ad entrambi i genitori. E nel caso di contrasto dovrebbe trovare applicazione l'art. 316 c.c. (Il giudice, nella specie il Tribunale per i minorenni, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili, sentiti i genitori e il figlio: ove permanga il contrasto, attribuisce il potere decisorio al genitore che, nel caso singolo, ritiene più idoneo a curare l'interesse del figlio.)

(8) MANTOVANI M., voce Separazione personale dei coniugi, cit. p. 24; BRIGUGLIO, voce Separazione personale dei coniugi, in *Nss.D.I.*, Appendice, VII, 1987, p. 127; CRIPPA, Come giudicare la maggiore o minore «moralità» di una morale: l'affidamento dei figli, in *Leg.* e giust., 1994, p. 371 e ss.; ma vedi anche BESSONE-ALPA-D'ANGELO-FERRANDO, La famiglia *nel* nuovo diritto, Bologna, 1978, p. 99 e CASCIANO, L'intervento del giudice ex art. 316 C.C., in Dir. *fam.*, 1983, p. 1122. Contrari a tale opinione MOROZZO DELLA ROCCA, voce Separazione personale (dir. priv.), in Enc. Dir., XLI, 1989, p. 1378 e BIANCA, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, Milano, 1985, p. 151.

(9) ALAGNA, L'intervento del giudice nella famiglia tra autonomia del *gruppo* e libertà della persona, in Dir. *fam.*, 1983, p.226; ROPPO, Il giudice nel conflitto coniugale, Bologna, 1981, p. 325; FIONOCCHIARO A. e M., *Riforma* del diritto di famiglia, vol. I, Milano, 1975-1979, p. 297.

(10) Trib. min. Emilia Romagna, 7 febbraio 1978, cit.

(11) FINOCCHIARO A. e M., Diritto di famiglia, vol. II, Milano, 1984, p. 2195.

schia di far rientrare dalla finestra ciò che la Costituzione ha fatto uscire dalla porta, cioè la censura fideistica.

Innanzitutto, si deve mettere in evidenza che, sia la dottrina che la giurisprudenza, di fronte al conflitto dei genitori in materia religiosa, si sono sempre dimostrate più propense a garantire la continuità dello sviluppo spirituale del figlio, per cui ogni decisione di conversione veniva rinviata al momento del raggiungimento della maggiore età, assicurando così la stabilità del credo religioso inizialmente prescelto (12). Questa soluzione è preferita per lo meno per evitare che i genitori sottopongano a frequenti cambiamenti l'indirizzo educativo del figlio in tema di religione, fatto che viene considerato contrario al suo interesse, in quanto conduce il minore a pericolose confusioni (13). Pur condividendo le motivazioni che portano a preferire tali tipi di pronunce, non si può fare a meno di chiedersi se sia 'equo' privilegiare quelle religioni che nella nostra cultura vengono trasmesse come una sorta di 'patrimonio familiare', a scapito di religioni ancora minoritarie nel nostro Paese.

Ancora, l'atteggiamento 'confessionale' della nostra giurisprudenza viene chiaramente evidenziato nei casi in cui essa è chiamata a dirimere il conflitto sorto tra genitori, dei quali uno si sia convertito alla religione dei Testimoni di Geova e pretenda di educare i figli secondo i principi del suo nuovo credo. Le pronunce cui si fa riferimento in modo particolare sono rappresentate da Trib. min. Venezia, 10 maggio 1990 e da Trib. Palermo, 12 febbraio 1990 (14), che riguardano la situazione tipica di conflitto che vede i genitori contrapposti a causa della conversione della madre-affidataria alla religione dei Testimoni di Geova. Dall'analisi di queste sentenze si desume che la scelta del genitore è tutelata in quanto egli «eviti di esasperare agli occhi del figlio l'importanza delle pratiche di culto della sua fede religiosa e fornisca al bambino una scala di valori immuni da eccessi fideistici, compatibili con una sua crescita equilibrata e il più possibile integrata con l'ambiente circostante» (15).

---

(12) Si veda, ad es., Trib. Oristano, 22 luglio 1960, in Foro it., 1961, I, 365 e ss.

(13) STANZIONE, Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori, in Rass. Dir. civ., 1980, p. 475

(14) Pubblicate in Rass. Dir. civ., 1992, p. 110 e ss., con nota di RUSCELLO, Fattore religioso e diritti del minore *nell'indirizzo* educativo. Saranno trattate anche nel par. 3.2, sezione II. Tali decisioni si presentano in modo un po' bizzarro, dato che in esse si afferma, innanzitutto, il principio della libertà religiosa precisando che, però, «l'educazione della prole secondo un determinato credo è tutelata nei limiti in cui ... non le si arrechi pregiudizio», ma subentra, poi, una certa contraddittorietà nel momento in cui si cercano di individuare gli elementi in base ai quali valutare la 'pericolosità' della scelta religiosa rispetto all'interesse del minore.

(15) È ciò che RUSCELLO (in nota alle suddette pronunce) esprime nella formula della c.d. «Irrilevanza della subbiettiva religiosità o irreligiosità quale coefficiente di qualificazione o di preferenze dell'educatore. Rilevanza, invece, del fanatismo religioso o antireligioso».

Ma, in tali pronunce, si provvede, pure, a vietare al genitore cui sono affidati i figli di «condurre la prole alle riunioni dei Testimoni di Geova», perché il credo di questa confessione è «notoriamente alquanto integralista ed intransigente e scarsamente permeato nel tessuto sociale del nostro Paese.»

La contraddizione cui si perviene è palese, dato che, pur fingendo di adottare un criterio oggettivo per valutare la conformità o meno della scelta religiosa del genitore all'interesse del minore, si finisce, in realtà, con il generalizzare, qualificando la religione in causa come «integralista ed intransigente» e vietando al genitore di far partecipare il figlio alle pratiche quotidiane di tale credo.

Cercando di analizzare la questione dal punto di vista di uno Stato non confessionale, si dovrebbe riconoscere che qualsiasi credo è caratterizzato da un certo fanatismo o integralismo più o meno evidente. Se la religione cattolica, infatti, sembra la meno 'integralista' è forse solo perché così è stata trasformata, negli ultimi anni, dagli stessi credenti. Agli occhi di uno Stato laico, vietare ad un genitore Testimone di Geova di condurre i propri figli alle riunioni, dovrebbe avere lo stesso significato del vietare ad un genitore cattolico di condurre i propri figli alla S. Messa. Inoltre, si può sostenere che il comportamento del genitore Testimone di Geova che inculchi nel figlio la convinzione che donare o ricevere sangue è peccato mortale, potrebbe mettere in serio pericolo la salute (fisica e psichica) del minore; e allo stesso modo si può riconoscere che il comportamento del genitore cattolico, che insegni ai propri figli che l'uso di qualsiasi strumento o metodo anticoncezionale e la pratica dell'aborto sono peccati mortali (esponendoli al rischio di contrarre malattie mortali, es. l'AIDS, o obbligandoli ad accettare una gravidanza non voluta), potrebbe provocare gravissime conseguenze nella minore, non solo a livello psicologico, ma anche semplicemente a livello fisico([16]).

Leggendo tra le righe delle suddette pronunce, risulta palese il disfavore o la reticenza verso la religione dei Testimoni di Geova dal modo semplicistico con cui viene qualificata e ciò contrasta, quanto meno, con il principio costituzionale che vieta ogni discriminazione in ragione del proprio

---

([16]) Qui, infatti, si fa riferimento all'aborto così come è ammesso dalla legge italiana, che consente l'interruzione della gravidanza entro 90 giorni dal concepimento, nel caso in cui la donna «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o in previsione di anomalie o malformazioni del concepito» e, dopo i primi 90 giorni, lo ammette solo quando «la gravidanza o il concepimento comportino un grave pericolo per la vita della madre, o quando siano accertati processi patologici, come quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.»

credo religioso e dichiara ugualmente libere tutte le confessioni religiose, sancendo la piena libertà di professare qualsiasi fede purché non contraria al buon costume.

Come più volte sottolineato, comunque, quando si parla di educazione religiosa si è obbligati a prendere in considerazione non solo la libertà religiosa dei genitori, ma anche l'interesse del minore. Detto questo, è senz'altro da escludere l'ammissibilità di un sistema in cui l'autonomia della famiglia e, quindi, il diritto dei genitori di educare i propri figli, siano talmente tutelati da prevalere sulla stessa tutela dell'interesse, della salute, della sicurezza e dell'integrità del minore.

La seconda alternativa è quella di un sistema che permetta ai genitori di scegliere qualsiasi religione per i propri figli, purché sia generalmente ammessa dall'ordinamento giuridico, limitandosi a tutelare la salute, la sicurezza e la moralità del minore nei singoli casi concreti in cui vi sia un effettivo pericolo, e non semplicemente un pericolo ipotetico. Riprendendo il classico esempio del rifiuto alle trasfusioni di sangue, il nostro sistema affronta tale problema solo nel momento in cui il minore ha effettivamente bisogno di una trasfusione ed i genitori si oppongono. Ma poi, davanti a casi come quello della piccola Isabella Oneda, non si può fare a meno di domandarsi se tale soluzione non si risolva nel fare dell'ingiustizia. Infatti, la bambina, affetta da una grave forma di anemia mediterranea che richiedeva una terapia trasfusionale piuttosto intensa, è morta a soli due anni e mezzo a causa della fede dei genitori e, forse, anche per l'eccessiva titubanza delle autorità competenti nell'adottare i dovuti provvedimenti a tutela della minore (17). Allo stesso modo ci si potrebbe chiedere se è 'giusto' tollerare religioni come quella mussulmana che prevede pratiche che non solo negano la libertà sessuale della minore, ma ne menomano anche l'integrità fisica (18), soprattutto tenendo in considerazione che la funzione primaria dei genitori è di custodire il figlio perché al momento della totale libertà giunga integro e non deteriorato da scelte irreversibili in senso negativo.

---

(17) Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in Foro it., 1983, II, 37 e ss.; Ass. d'App. Cagliari, 13 dicembre 1982, in Giur it., 1983, II, 364 e ss. Cfr. DALL'ONGARO, La vita e la morte di Isabella Oneda: lo Stato davanti ai Testimoni di Geova, in Dir. Fam., 1985, p. 801 (se ne parlerà anche nel par. 3.3, sezione II).

(18) Ci si riferisce al barbaro rito dell'asportazione chirurgica del clitoride, cui vengono sottoposte le bambine di origine africana e di religione mussulmana intorno ai 12-13 anni. Con tale operazione si ritiene che la donna venga 'purificata' e venga restituita alla sua unica, vera funzione, che è quella di procreare. L'allarme di fronte a questi riti, che ancora vengono compiuti nell'ambito di alcune comunità mussulmane emigrate dall'Africa (cfr. in particolare la situazione francese), è notevole: infatti, è veramente molto difficile continuare ad assumere un atteggiamento tollerante di fronte a tali fenomeni, che non sono altro che l'aspetto evidente del ruolo riconosciuto alla donna nella religione islamica.

Probabilmente, la soluzione migliore (e, forse per questo, utopistica) sarebbe quella di assicurare in modo pieno la c.d. libertà religiosa non solo ai genitori, ma anche agli stessi figli. Tenendo in considerazione che tale scelta è strettamente personale, si dovrebbe impedire ai genitori di compierla *per* il loro figlio. I1 tutto, quindi, dovrebbe essere rimandato al momento in cui il minore presenta una maturità sufficiente per scegliere se e a quale religione aderire. Con ciò, tra l'altro, non si vuole negare ai genitori il diritto di educare i figli sotto l'aspetto religioso: ai genitori spetterebbe il compito di impartire un'educazione 'storica' del credo scelto per il figlio. La fragilità di questa soluzione è però evidente, dato che è molto difficile, se non addirittura impossibile, parlare di un insegnamento solo 'storico' di un qualcosa in cui, presentando diversi dogmi, si deve credere.

L'altra possibile (e più realistica) soluzione sarebbe quella di una più decisa presa di posizione da parte dello Stato nel giudicare la contrarietà di alcune confessioni religiose all'ordinamento giuridico, e dando così rilevanza anche al pericolo per la salute, la sicurezza e la moralità del minore, che da alcuni viene considerato come semplicemente ipotetico.

Del resto, che la stessa libertà di opinioni religiose sia da ritenere un valore secondario, ad esempio, rispetto al diritto alla salute dei terzi (e, nel caso specifico, dei minori soggetti alla potestà dei genitori) può essere desunto anche dall'art. 9, 2° comma, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in cui si prevede che «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero non può essere oggetto di altre limitazioni oltre a quelle previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società 'democratica, per la sicurezza pubblica, la protezione dell'ordine, della salute e della morale pubblica e la protezione dei diritti e delle libertà di altri».

SEZIONE I
EDUCAZIONE FAMILIARE E LIBERTÀ RELIGIOSA DEL MINORE

1. IL COMPITO EDUCATIVO

Tra le varie funzioni della famiglia, la più importante è quella educativa, che mira a fornire allo sviluppo del bambino l'indirizzo necessario a farne una personalità matura.

Non è detto che, nella pratica, la famiglia riesca in tale compito, sia perché possono esistere incapacità negli stessi genitori, sia perché l'ambiente familiare, a volte, è caratterizzato da un sistema di valori che non sempre coincide con quello considerato 'normale' in una società. Nonostante questo la famiglia è comunque considerata l'elemento principale del-

la trasmissione dei valori, la quale va intesa come funzione volta ad accrescere le capacità di adattamento dell'individuo all'ambiente in cui vive. Infatti, qualunque sia l'importanza riconosciuta ad altre istituzioni (la scuola prima di tutto), il bambino riceve i primi insegnamenti nell'ambito della famiglia.

Molti giovani insistono nell'affermare di non trovare nelle attuali strutture familiari l'ambiente più adatto alla formazione della loro personalità, alla loro crescita come uomini e come cittadini: i preoccupanti fenomeni di devianza, che spesso trovano sbocco nel mondo della droga e perfino in quello della delinquenza minorile, le fughe dalla famiglia, la ricerca talvolta di soluzioni alternative sembrano dare conferma alla fondatezza della loro critica. Ma nonostante la crisi che ha investito l'istituto familiare e le sue tipiche funzioni (1), è opinione comune in dottrina (2) che il compito educativo è proprio della famiglia.

E necessario che entrambi i genitori, con la stessa autorità, debbano far conoscere ed inculcare alla prole i principi che essi riconoscono a fondamento della loro esistenza e del loro vivere civile e sociale. Il bambino ha, alla base di ogni sua azione, il frutto dell'educazione impartita dai genitori e, una volta divenuto adolescente, sente svilupparsi una autonoma capacità di giudizio, trovandosi ad una svolta decisiva della sua vita, dalla quale spesso dipende l'indirizzo morale che egli prenderà. Si pone, pertanto, per ciascuno dei genitori, il compito di educare i figli nelle convinzioni, nel sentimento e nella coscienza sociale: compito vasto ed estremamente delicato che va realizzato soprattutto nell'ambiente familiare, in quanto è ritenuto l'ambiente più idoneo allo sviluppo e al completamento della personalità umana.

1.1. L'educazione della prole nel nostro ordinamento

La problematica relativa all'educazione dei figli nell'ambito della famiglia richiede un'indagine sulla disciplina positiva dei rapporti fami-

---

(1) COOPER, La morte della famiglia. *Il* nucleo familiare nella società capitalistica, Torino, 1972.

(2) MELONI, I *minori* nella famiglia: evoluzione della giurisprudenza ed innovazioni *normative,* in Dir. *Fam.,* 1987, p. 396 e ss.; in senso più critico D'ANGELI, La tutela delle convivenze senza matrimonio, Torino, 1995, p. 4 e ss. e CIAN, Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia *riformato,* in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Tomo I, parte 2, Padova, 1977, p. 72 ove rileva che «persinonel campo educativo e formativo la funzione della famiglia appare oggi limitata alla cosiddetta socializzazione primaria del bambino, mentre le sfugge quasi completamente il compito dell'inserimento dell'individuo negli organismi sociali maggiori.»

liari, al fine di valutare il ruolo del minore nell'incontro col genitore e la libertà delle sue scelte espressive rispetto all'autorità ed ai poteri parentali.

Nel codice civile del 1942 il vincolo personale tra padre e figlio non aveva rilievo giuridico; si trattava di un aspetto che trovava la propria disciplina nelle regole di etica e nelle convenzioni sociali (3). Di conseguenza, poche norme si occupavano dichiaratamente di tale vincolo e il dato testuale che interessava per determinare la tematica dell'educazione era l'art. 147, che rinviava espressamente ai principi della morale (4).

La dottrina si interessava al vincolo personale tra padre e figlio solo per giungere alla conclusione che «nessun potere» spettava «al minore nei confronti del genitore esercente la patria potestà» (5). Di conseguenza, erano limitate le possibilità d'intervento del giudice nella famiglia, proprio per evitare che ciò scalfisse la sfera di sovranità del padre (6).

La giurisprudenza, quindi, per molto tempo, è intervenuta poco in materia: «problemi relativi al vincolo tra genitore e figlio erano presi in considerazione, quasi esclusivamente, in decisioni relative alla separazione dei coniugi e al conseguente affidamento della prole. In questa sede, l'interesse prevalente dei tribunali di definire i rapporti tra coniugi induceva i giudici a considerare i problemi relativi ai figli minori meramente strumentali rispetto alla soluzione della questione principale» (7).

Il mutamento di questa tendenza awiene soprattutto in sede giurisprudenziale.

---

(3) Cfr. JEMOLO, La famiglia e il diritto, in Annali della facoltà di *giurisprudenza* deZZ'Università di Catania, 1948, II, p. 223; CIAN, Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia *riformato,* in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 24 ove afferma che la vita familiare è guidata da «moventi di natura affettiva, etica, religiosa, da convenzioni sociali» a cui il diritto crea sòlo «una specie di cornice, una sorta di argine esterno, o, per meglio dire, estremo.»

(4) In origine si contemplava anche il riferimento all'ideologia dell'ordinamento fascista: sparito tale riferimento con la caduta del regime, rimase solo il richiamo alla morale, interpretabile o nel senso più ristretto di morale corrente o nel senso più esteso di morale a scelta del genitore.

(5) PELOSI, La patria potestà, Milano, 1965, p. 50.

(6) TRABUCCHI, Patria potestà e interventi del giudice, in Riv. Dir. Civ., 1961, I, p. 223.

(7) GIARDINA, I rapporti personali tra genitori e *figli* alla luce del nuovo diritto di famiglia, in Riv. *trim.* dir. proc. *civ.,* 1977, p. 1357. In giurisprudenza cfr. per tutte: Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, in Giur. it., I, 2, 592 e ss.

In un primo momento sono i tribunali ordinari ad ammettere l'importanza delle esigenze del minore in sede di separazione dei coniugi e ad affermare che « i provvedimenti sulla sorte dei figli non costituiscono una misura sanzionatoria contro il coniuge colpevole, ma vanno adottati nell'esclusivo e predominante interesse materiale e morale dei figli stessi»([8]).

Ma sarà poi la giustizia minorile ad intervenire profondamente in materia, in un primo momento solo in casi di evidente necessità di tutela del minore ([9]), successivamente per garantire maggiore autonomia al figlio([10]).

La dottrina cerca così di dare sempre più risalto ai diritti personali del minore, applicando la disciplina costituzionale, che ancora stentava ad essere attuata. Si cerca di dare importanza ad un effettivo e concreto rapporto personale tra genitori e figli, teso a valorizzare il minore e gettando le basi per un reciproco scambio e arricchimento. L'ormai datata concezione gerarchica dell'istituto della patria potestà viene, così, abbandonata([11]).

In questa cornice si colloca la riforma del 1975, che contiene nuovi suggerimenti in tema di educazione della prole: il nuovo art. 147 disciplina il dovere, imposto ai genitori prima di tutto dall'art. 30 Cost., di ((mantenere, istruire ed educare i figli» con l'obbligo di «tener conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni» dei figli stessi. Tale norma detta un principio di carattere generale, riferito all'interesse del minore, che rende illegittima qualsiasi forzatura ingiustificata della sua personalità, ponendo, di conseguenza, il minore nella po-

---

([8]) App. Firenze, 24 gennaio 1958, in Giur. tosc., 1958, p. 254; più recenti sono le pronunce del Trib. Napoli, 30 giugno 1981, in Giur. it., 1982, 682, con nota di commento di DOGLIOTTI, Separazione, addebito, affidamenti: criteri interpretativi e valutazioni di merito e della Cass., 27 febbraio 1985, n. 1714, in Giust. civ., 1986, p. 1977, con nota di commento di DOGLIOTTI, L'affidamento della prole nella separazione e la giurisprudenza della Suprema Corte.

([9]) Trib. min. Genova, 9 febbraio 1959, in Giur. Cost., 1959, p. 1275 e ss.

([10]) Trib. min. Venezia, 10 novembre 1966, in Temi, 1967, p. 181 e ss.; Trib. min. Bologna, 13 maggio 1972, in Giur. it., 1974, I, 2, 330 e ss. con nota di Poggi; Trib. min. Bologna, 23 ottobre 1973, in Giur. it., 1974, I, 2, 549 e ss.

([11]) BESSONE, Condizione giuridica dei figli nati fuori del matrimonio e tutela del minore. Principi costituzionali e prospettive di riforma, in Riv. Not., 1975, II, p. 309 e ss.; BESSONE, Patria potestà, funzione educativa dei genitori e disciplina *dell'obbligo* di mantenimento, in Riv. Not., 1975, II, p. 527 e ss.; DOGLIOTTI, Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice, in Giur. merito, 1976, I, p. 44 e ss.; POGGI, Patria potestà e autonomia del minore, in Giur. it., 1974, I, 2, 329 e ss.

sizione di poter resistere ad ogni soffocamento della propria individualità (12).

Il legislatore del 1975 ha, quindi, eliminato il richiamo ai principi della morale, sottolineando che ora sono «la volontà del figlio, le sue aspirazioni, le sue inclinazioni (e non una valutazione estrinseca) a dare contenuto alle scelte educative che lo riguardano» (13).

L'art. 147 non si pone solo come (criterio-guida per i genitori, fissando i canoni di un'attività educativa a questi totalmente rimessa, ma, soprattutto, implica l'apertura di un dialogo tra genitori e figli su posizioni di reciproco scambio e concrete possibilità espressive per il minore» (14).

Il minore non viene più considerato l'oggetto, ma il soggetto del rapporto educativo (15) in cui egli è parte attiva e privilegiata, contrariamente alla dottrina più tradizionale , la quale escludeva che il rapporto educativo potesse configurarsi in termini di relazione tra persone aventi pari dignità nella famiglia (16).

Esiste un rapporto di equilibrio tra autorità e libertà, che si pone come l'elemento caratterizzante della funzione educativa dei genitori, elemento fatto proprio dalla moderna dottrina (17). Nell'educazione sono

---

(12) BESSONE, Rapporti etico-sociali, in Commentario della Costituzione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 107.

(13) GIARDINA, op. cit., p. 1363.

(14) GIARDINA, op. cit., loc. cit.

(15) Il riferimento alla nozione di 'rapporto educativo' per descrivere le relazioni tra genitori e figli è comune alla dottrina più recente: cfr. FERRANDO, Filiazione. I) Rapporto di filiazione, in Enc. Giur. Treccani, XIV, 1988, p. 3; GIACOBBE, Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia, in Iustitia, 1982, p. 135; BESSONE, Rapporti etico-sociali, cit., p. 101 e ss. Nello stesso senso si ritrovano anche delle indicazioni giurisprudenziali che, pur confermando l'autonomia di scelta educativa dei genitori, tuttavia sottolineano l'esigenza del rispetto della personalità del minore, in applicazione dell'art. 2 Cost.: per tutte cfr. Trib. min. Bologna, 7 febbraio 1978, in Dir. *Fam.*, 1978, p. 905. Per un'ampia analisi del problema cfr. DOGLIOTTI, Sul rapporto genitori-figli nella nuova giurisprudenza familiare, in Giur. it., 1980, IV, p. 322; SANDULLI, Aspetti pubblicistici della posizione del minore, in Dir. e Soc., 1981, p. 711 e ss., il quale afferma che il minore si pone, nella convivenza familiare, come portatore di quelle situazioni soggettive primarie che sono garantite dall'art. 2 Cost. e BESSONE-ALPA-D'ANGELO-FERRANDO, op. cit., p, 131.

(16) In questo senso cfr. LANDOLFI, Educazione *familiare* e libertà religiosa del minore, in Dir. Eccl., 1961, p. 126, il quale rileva che consentire al minore un potere autonomo di scelta «significa dimenticare che esso non è altro che l'oggetto del potere.»

(17) RUSCELLO, La funzione educativa, in Rass. Dir. Civ., 1986, p. 414 e ss.; DE GIORGI, Potestà parentale e potestà *minorile,* in Dir. Fam., 1982, p. 123 e ss.; VERCELLONE, Libertà dei minorenni e potestà dei genitori, in Quaderni del C.S.M., 1986, p. 101 e ss.; TRABUCCHI, *sub* art. 147 c.c., *ult.* cit., p. 613.

da perseguire i veri interessi del figlio, che si deve considerare come portatore di valori personali collegati alla formazione di un uomo libero: educare non significa solo pretendere che i figli obbediscano agli ordini, ma far sì che gli ordini rappresentino direttive da seguire nella vita, significa aiutare a formare la persona fino al raggiungimento della necessaria maturità per compiere scelte autonome e responsabili. I genitori non possono «giungere al punto di violentare la personalità morale» del figlio, «contro il sano principio che l'azione educativa deve limitarsi a mettere il minore nella condizione di liberamente orientarsi nella scelta di mete e di metodi prospettati dall'educatore» ([18]).

Come già evidenziato, la legge di riforma del 1975 ha eliminato dall'art. 147 il riferimento alla 'morale' contenuto nel testo originario. Ciò, però, non significa che i genitori, nell'educare, non debbano più tener conto di valori morali e direttive etiche da seguire. La funzione educativa deve comunque presupporre il riconoscimento di alcuni valori che dovranno essere trasmessi ai figli, nell'osservanza dei criteri richiamati dall'art. 147, anche al fine di consentire una civile convivenza nella società ([19]).

1.2. (Segue) L'educazione religiosa e la libertà religiosa del minore

Estremamente delicata è la questione del fattore religioso all'interno del progetto educativo.

Essendo il nostro Stato caratterizzato da aconfessionalità, si esclude che il genitore possa essere costretto ad impartire un'educazione che si richiami ai principi di una determinata religione, anche se si trattasse della religione maggiormente seguita dalla popolazione del nostro Paese (come, ad esempio, la religione cattolica).

Per meglio inquadrare la problematica del fattore religioso nell'ambito del processo educativo è necessario compiere una breve analisi dei criteri legali delineati all'art.147 c.c.

Tale articolo ha delineato l'obbligo di «tener conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni» della persona da educare, restringendo così l'arbitrio degli educatori nel seguire le proprie preferenze e ponendo dei criteri favorevoli allo sviluppo della personalità del figlio, il quale non è più estraneo al progetto educativo-pedagogico. Bisogna sottoli-

---

([18]) *FINOCCHIARO A.* e *M., Riforma del diritto di famiglia, I,* Milano, **1975, P. 316.**

([19]) *TRABUCCHI, op. ult. cit.,* p. 620-621.

neare però che i genitori devono sì tenere in considerazione le tendenze del figlio, ma devono comunque sempre educarlo e guidarlo, cercando di conformare gli interventi pedagogici alla progressiva maturazione della personalità del minore ([20]).

La giurisprudenza, fin dal 1959 ([21]), ha posto in essere una lenta e costante erosione del contenuto e dell'estensione delle potestà concesse ai genitori stessi, riconoscendo, sempre più di frequente, la preminenza delle scelte operate dai minori, anche in contrasto con il volere dei genitori. La decisione dei giudici genovesi ha, infatti, concesso al minore la facoltà di scegliere quale religione professare, affermando che «il potere di dirigere l'educazione religiosa del minore, spettante all'esercente della patria potestà, trova nella libertà religiosa del minore un limite la cui violazione può integrare l'abuso della patria potestà»([22]).

Una successiva sentenza del 1972 ([23]) ha riconosciuto la facoltà di esprimere liberamente i propri sentimenti e regolare la propria vita, riconoscendo l'esistenza di una sfera di autonomia del minore «nell'ambito della famiglia».

Nel 1973, il Tribunale minorile di Bologna ([24]), richiamandosi all'art. 2 Cost. che tutela i diritti inviolabili della personalità, ha ammesso, per il minore, la facoltà di effettuare autonomamente le proprie scelte ideologiche e culturali, ma questo nel caso in cui il minore stesso si fosse dimostrato in possesso di «capacità critiche e volitive» tali da, come si richiederà nel 1978 ([25]), «dimostrare di essere particolarmente maturo e consapevole».

([20]) TRABUCCHI, op. ult. cit., p. 628; PARADISO, La comunità familiare, Milano, 1984, p. 322.

([21]) Trib. min. Genova, 9 febbraio 1959, in Giur. cost., 1959, p. 1275, che affronta per la prima volta il problema della libertà religiosa dei minori.

([22]) LANDOLFI, op. cit., p. 126 e ss., afferma che la fattispecie esaminata dal Tribunale minorile di Genova pone in correlazione due situazioni soggettive attive (libertà religiosa del figlio minore da un lato, patria potestà dall'altro) che danno luogo a pretese costituzionalmente garantite (art. 19 e art. 30). Secondo l'A., però, nella sentenza del 1959 non è stata sufficientemente valutata la situazione soggettiva della patria potestà, in quanto dalla motivazione non risulta che sia stata considerata in modo tale da assegnarle d'esatta dimensione costituzionale che le compete». Di conseguenza, il semplice richiamo all'art. 19 Cost., come criterio risolutivo in diritto della questione sottoposta al giudice, non è esauriente. Cfr. anche CONDORELLI, Osservazioni sulla sentenza *del* Trib. min. Genova, 9 febbraio 1959, in Giur. cost., 1959, p. 1275.

([23]) Trib. min. Bologna, 13 febbraio 1972, in Giur. it., 1974, I, 2, 330.

([24]) Trib. min. Bologna, 26 ottobre 1973, in Giur. it., 1974, I, 2, 546.

([25]) Pret. Genova, 22 aprile 1978, in Giust. civ., 1979, p. 1329.

Le posizioni assunte dai giudici di merito risultano confortate da alcune pronunce della Corte di Cassazione che ha affermato (26) che «il valore primario della personalità ... comporta che la famiglia ... non possa in alcun modo rappresentare un mezzo di compressione dei valori personali» tutelati dalle norme costituzionali che garantiscono e potenziano, appunto, la personalità dell'uomo (27).

Alcune di queste decisioni sembrano proprio risentire dell'imminenza della riforma del 1975, in quanto appaiono dirette ad anticipare la fissazione dei limiti alla potestà dei genitori, in funzione dei tre criteri disposti dall'art. 147, nuova formulazione.

Ciò evidenzia la necessità di far sì che le decisioni riguardanti la prole siano prese dai genitori attraverso un dialogo costruttivo coi figli stessi. Il momento del confronto tra genitori e figli minori si pone così come elemento centrale della famiglia moderna, caratterizzata, quindi, da un'attiva partecipazione del figlio alla vita familiare, contrariamente ai vecchi modelli di famiglia.

Il figlio minore, anche se sottoposto alla potestà dei genitori, è comunque considerato portatore di suoi inviolabili diritti e, quindi, viene visto come titolare di un diritto alla libertà religiosa (28).

Il problema del rapporto tra educazione e religione nell'ambito della relazione tra genitori e figli, in considerazione del nuovo art. 147 C.C., diviene quindi un problema di limiti tra la funzione educativa ed i diritti inviolabili dell'uomo, e quindi anche del minore nei cui confronti si esercita tale funzione (29).

---

(26) Cass., 8 novembre 1974, n. 3420, in Foro it., 1975, I, 1713; cfr. inoltre Cass., 10 giugno 1976, n. 2130, in Foro it., 1976, I, 1824.

(27) Per un'ampia valutazione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di educazione dei figli-potestà dei genitori cfr. COSSU, Educazione del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali, in Dir. Fam., 1977, p. 335 e ss.

(28) BESSONE, *L'ordinamento* costituzionale del diritto di famiglia e le prospettive di evoluzione della società italiana, in Dir. Fam., 1976, p. 217 e ss.; in giurisprudenza cfr. la più volte citata sentenza del Tribunale minorile di Bologna del 7 febbraio 1978, in Dir. Farn., 1978, p. 905.

(29) È ormai opinione unanime in dottrina e giurisprudenza, che i diritti fondamentali dell'individuo, ivi compresa la libertà religiosa, devono operare anche all'interno dell'istituzione familiare (in base all'art. 2 Cost.) e, pertanto, essere riconosciuti anche ai minorenni nei confronti dei genitori. Cfr. GIACOBBE, Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori, in Iustitia, 1982, p. 103; FINOCCHIARO A. e M., Diritto di famiglia, vol. II, Milano, 1984, p. 2195; BUSNELLI e GIARDINA, La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano, in Giur. it., 1980, IV, 196.

Assodato che il figlio deve formare la sua personalità anche in materia religiosa, ne consegue che egli viene considerato portatore di un diritto alla libertà religiosa, che va rispettato dagli stessi genitori e nell'ambito della famiglia esercitato al fine della sua crescita.

Di conseguenza, si può affermare che i genitori, nei confronti dei figli, hanno il diritto ad una spiegazione dei principali concetti in campo religioso ([30]) e avranno poi, con il trascorrere degli anni e con la crescita del figlio, un diritto alla critica, al dialogo costruttivo, senza mai giungere all'imposizione di un determinato comportamento ([31]). È, quindi, ammissibile un'opera di persuasione (essendo dalla Costituzione garantita a ogni cittadino la libertà di manifestare il proprio pensiero) e di propaganda della propria fede religiosa (art 19 Cost.), ma non è possibile utilizzare mezzi coercitivi ([32]). Si è anche sostenuto che una certa autonomia del minore nelle scelte religiose può essere utile ai fini educativi, in quanto la libertà religiosa fa parte dei valori che si mira a trasmettere con l'educazione, e che quindi un processo educativo corretto richiede che il minore possa avere una certa sfera di autodeterminazione sotto il profilo religioso ([33]).

Una notevole importanza, tra l'altro, assumerebbe la legge n. 281 del 1986 ([34]), grazie alla quale alcuni sostengono che si sia avuto l'espresso

---

([30]) Si può anche dire che i genitori, in questa prima fase, dovrebbero cercare di attuare un'educazione 'storica' delle religioni, senza influenzare il figlio minore allo scopo di farlo aderire ai precetti e valori religiosi del proprio credo. Per un'analisi più approfondita della questione cfr. PICOZZA, L'obbligo dell'educazione religiosa della prole e la libertà religiosa, in Atti del congresso internazionale di diritto canonico «La Chiesa dopo il Concilio», tenuto a Roma, 14-19 gennaio 1970, Milano, 1972, tomo II, p. 1081 e ss., in particolare p. 1090.

([31]) Cfr. Trib. min. Genova, 9 febbraio 1959, cit., che come prima sentenza in materia, comunque già delineava un quadro ben preciso, ma soprattutto innovativo rispetto ai precedenti orientamenti: i genitori possono avviare, indirizzare, «svolgere opera di persuasione e convincimento», ma non «usare mezzi coercitivi per indurre i figli a praticare e seguire una fede religiosa da essi non voluta», in quanto «la scelta della propria religione è una questione talmente delicata e personale che nessuno può e deve usare costringimenti per influenzarla o modificarla». In dottrina, PLUMITALLO, Prime riflessioni sulla libertà religiosa nel nuovo diritto di famiglia. Critiche alla famiglia di fatto, in Dir. Eccl., 1980, p. 188.

([32]) IANNI, Potestà dei genitori e libertà dei figli, in Dir. *Fam.*, 1977, p. 865 e ss. in particolare p. 896.

([33]) TESTORI CICALA, *L'autodeterminazione* dei minori nelle opzioni religiose e sociali, in Dir. *Fam.*, 1988, p, 1880 e 1884. In posizione più critica, tra gli altri, DELLA TORRE, La nuova disciplina giuridica *dell'insegnamento* della religione cattolica nelle scuole pubbliche, in Studi di diritto ecclesiastico in tema di insegnamento, a cura di Gherro, Padova, 1987, p. 37.

([34]) Il problema si è posto in sede di attuazione dell'art. 9, 2° comma, dell'Accordo di revisione dei Patti Lateranensi, in base al quale lo Stato assume l'impegno

riconoscimento di un diritto autonomo del minore o, meglio, del minore molto prossimo alla maggiore età ([35]). Infatti, tale legge attribuisce direttamente ai minori delle scuole medie superiori il diritto di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica e si è fatto notare, appunto, che in questo modo viene riconosciuta ai minori una facoltà di scelta ampia ed immediata ([36]), non subordinata ad alcun controllo di organi pubblici e neppure dei genitori, cui solamente spetta di allegare, alla domanda di iscrizione alla scuola da essi redatta, l'atto di scelta predisposto dal figlio ([37]). Tale facoltà di scelta accordata al minore è una concessione che esercita una vera e propria opera di ridimensionamento della residua autorità parentale, coinvolgendo minori cui sarebbe estranea ogni aspirazione a ricorrere ad altre maggiori forme di libertà.

2. IL MOMENTO DELL'ACQUISTO, DA PARTE DEL MINORE, DEL DIRITTO DI LIBERTÀ RELIGIOSA

Una volta accertato che al minore è riconosciuta una sfera di autonomia in campo religioso, tale da permettergli di esercitare il diritto di

---

di continuare ad «assicurare, nel quadro delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado.» Tale insegnamento deve affettuarsi «in conformità alla dottrina della Chiesa» e, non può essere imposto a chi lo rifiuti; «pertanto viene garantito a ciascuno il diritto di scegliere se awalersi o meno di tale insegnamento». (TESTORI CICALA, op. cit., p. 1882). Cfr. tra gli altri, MATERNINI ZOTTA, In tema di intese con i culti acattolici, in Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede, a cura di Coppola, Milano, 1987, pp. 327, 809, 823; LARICCIA, L'insegnamento della religione tra Concordato e legislazione unilaterale dello Stato, in Dir. eccl., 1983, I, p. 3.

([35]) Fino al 1986, il concreto esercizio del diritto del minore alla libertà religiosa era subordinato al raggiungimento di una maturità di giudizio che doveva essere valutata caso per caso dal giudice. Cfr. a tal proposito BUSNELLI, Capacità ed *incapacità* di agire del minore, in Dir. *fam.*, 1982, p. 62.

([36]) È stato messo in rilievo che la scelta di seguire l'insegnamento della religione cattolica può anche essere fatta per ragioni che non c'entrano nulla con l'adesione a tale fede, ad es. per giungere ad un'utile conoscenza della confessione religiosa più diffusa nel nostro paese, situazione resa possibile dal fatto che l'insegnamento della religione ha una connotazione culturale e formativa. Cfr. BERLINGO, L'insegnamento 'facoltativo' *della* religione, in Studi in onore di G. Saraceni, Napoli, 1988, p. 24; BERLINGÒ, Libertà d'istruzione e fattore religioso, Milano, 1987.

([37]) TESTORI CICALA, op. cit., p. 1885, che sottolinea, tra l'altro, come tale legge lasci aperti tutti i problemi connessi al necessario coordinamento tra la

libertà religiosa anche in aperto contrasto con una diversa decisione dei genitori, è opportuno chiedersi quando, in che momento, riconoscere al minore questa autonomia.

La dottrina meno recente (38) era, a tal proposito, estremamente rigorosa: nonostante si riconoscesse che il minore, con l'età, acquisiva una personalità sempre più matura e formata, si affermava che le 'libertà' dei minori subivano dei limiti finché non si fosse raggiunta la maggiore età. I minori, quindi, non avrebbero potuto in alcun modo sottrarsi alla potestà del genitore adducendo come motivazione che la loro personalità rispetto a determinate questioni fosse già compiutamente maturata.

Successivamente, grazie all'attività giurisprudenziale (39), il limite della maggiore età è apparso troppo rigido. Dalle decisioni esaminate in precedenza non emerge un criterio preciso ed esplicito, ma viene posto un principio che permette di stabilire quando il minore si possa ritenere in diritto di scegliere un indirizzo in contrasto con quello voluto dai genitori. Il Tribunale di Genova, per dire che la ragazza, quasi diciassettenne, può risolvere autonomamente «il problema delle proprie convinzioni religiose)),si richiama alla «maturità» e al «normale sviluppo fisico e morale». I1 Tribunale per i minorenni di Bologna (40), per stabilire che il minore possa autorealizzarsi lontano dal suo ambiente familiare ostile, si riporta alla sua ((personalitàsufficientemente strutturata))e alla sua «maturità». Agli stessi criteri si riferisce il Tribunale minorile di Bologna per stabilire, prima, che la minore possa ((decideredella propria vita e delle scelte fondamentali))(41) e, poi, che la giovane d'età possa godere di «una sfera di autonomia entro cui regolare la propria vita e manifestare i propri sentimenti))(42).

---

scelta di iscrizione alla scuola (che è di competenza dei genitori) e la scelta relativa all'insegnamento della religione (che, abbiamo visto, spetta al figlio): l'A. infatti, si chiede cosa accadrebbe nel caso in cui il genitore voglia iscrivere il figlio, che invece si rifiuta, ad una scuola di matrice confessionale. Ad ogni modo, dal sistema così predisposto, si può dedurre, quindi, che non sarebbe fondata «la pretesa dei genitori a che i figli frequentino, contro la loro volontà, una scuola confessionale, oppure anche, un istituto di tipo laico e, tanto meno, un seminario))A tal proposito cfr. PARADISO, La comunità familiare, Milano, 1984, p. 376.

(38) LANDOLFI, Educazione familiare e libertà religiosa del minore, in Dir. eccl., 1961, I, p. 145; PELOSI, La *patria* potestà, Milano, 1965, p. 171 e ss.

(39) Vedi per tutte la decisione del Trib. Genova del 1959, già citata.

(40) Trib. min. Bologna, 26 ottobre 1973, cit.

(41) Trib. min. Bologna, 23 ottobre 1973, in Giur. it., 1974, I, 2, 550

(42) Trib. min. Bologna, 13 maggio 1972, in Giur. it., 1974, I, 2, 334

Sulla base del nuovo indirizzo giurisprudenziale si è sviluppata la tesi della dottrina ora dominante, la quale rifiuta il c.d. procedimento analogico che porta ad individuare la maturità religiosa a un'età compresa tra i 14 ed i 18 anni ([43]). Infatti, si mette in evidenza che, in assenza di una disposizione di legge specifica ([44]), è impossibile indicare un'età precisa a cui far corrispondere l'acquisto da parte del minore del diritto di libertà religiosa: da qui la necessità di accertare, caso per caso, mediante il c.d. criterio di discernimento ([45]), quando il minore possa autonomamente esercitare il diritto, perché ritenuto maturo ai fini di tale scelta. Si tratta, cioè, di valutare la situazione globale del minore in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale che questi deve compiere ([46]). Nella pratica dunque, l'indagine dovrà essere effettuata caso per caso in base ad una valutazione oggettiva del «normale sviluppo fisico e morale» dell'individuo e della sua maturità. Il compito è arduo, considerato il fatto che non esiste un signifi-

([43]) COGNETTI, Patria potestà e educazione religiosa dei figli, Milano, 1964, p. 98, sosteneva che il minore, tra i 14 e i 18 anni, raggiungeva necessariamente un grado di maturità psichica tale da potersi formare una personale idea in materia religiosa, acquistandone anche il diritto e, quindi, sottraendosi alla potestà dei genitori.

([44]) In altri ordinamenti l'acquisto della libertà religiosa è fissato in modo esplicito: es. il sistema svizzero riconosce al genitore di disporre dell'educazione religiosa del figlio finché non abbia compiuto i 16 anni; nell'ordinamento tedesco si ritiene che il minore, fin dal compimento del 12° anno d'età, non possa essere più costretto a cambiare religione; nell'ordinamento canonico si consente al minore di 7 anni di chiedere il battesimo contro la volontà dei genitori, avendo già acquistato l'uso della ragione.

([45]) STANZIONE, Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori, in Rass. Dir. civ., 1980, p. 475; STANZIONE, Scelte esistenziali e autonomia del minore, in Rass. Dir. civ., 1983, p. 1145 e ss., in particolare p. 1157; GIARDINA, I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia, in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1977, p. 1357 e ss.; DOGLIOTTI, Il minore e il matrimonio, in Dir. *fam.*, 1982, p. 169. Per la giurisprudenza orientata in questa direzione cfr. anche COSSU, Educazione del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali, cit., p. 335.

([46]) GRENDENE, Autonomia del minore e potestà dei genitori: nuovi *orientamenti,* in Dir. *fam.,* 1982, p. 723, il quale afferma che l'età non è l'elemento che divide gli uomini, nel senso che «al di sopra della maggiore età si è 'persona' completamente, al di sotto di quella si è meno 'persona'» (oppure, come sostiene DOGLIOTTI, Intervento del giudice e diritti del minore, in Dir. *fam.,* 1982, p. 143, quando sottolinea la necessità di «sdrammatizzare il momento del passaggio tra la minore e la maggiore età, momento fino al quale il minore non dovrebbe 'essere nulla' ed improvvisamente poi 'diventare tutto'»), in quanto l'esigenza di proteggere il minore fa sì che la sua stessa esistenza sia «scandita sui ritmi della dignità umana nello sviluppo della personalità». In questo senso cfr. anche STANZIONE, Capacità e minore età nella problematica della persona umana, Napoli, 1976, p. 330.

cato preciso e universale di normalità, e soprattutto considerando la difficoltà di stabilire la maturità, che non si acquista in un momento preciso e identico per tutti, ma in modo progressivo e in relazione allo sviluppo e alle capacità di ciascuno (47).

Inoltre, è da ricordare che, se si segue la tesi (prospettata nel precedente paragrafo) di coloro che individuano nella legge n, 281 del 1986 il riconoscimento espresso del diritto di scelta religiosa a favore del minore, ci si rende conto che l'attribuzione della titolarità della scelta non è ricollegata all'età del minore e nemmeno al grado di maturità accertato dal giudice, ma soltanto al grado di studio che lo stesso minore ha raggiunto.

In conclusione, si può comunque affermare che in tema di libertà religiosa, va riconosciuta al minore, capace di libere e consapevoli opzioni, la possibilità di scegliere autonomamente quale fede e se seguire una fede (48),

---

(47) In questa corrente di pensiero si inseriscono anche coloro i quali individuano due momenti nel processo formativo della personalità del minore. Cfr. FINOCCHIARO A. e M., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 382 e ss., i quali affermano che «un primo momento è quello in cui il minore, proprio per la sua ridotta età, non è in grado di apprezzare i diritti di cui è pur sempre titolare»: in questa fase, nella quale il minore è privo della 'capacità di discernimento', «i suoi diritti inviolabili esauriscono il loro valore con l'essere astratto modello di azione pedagogica per i loro genitori», che dovrebbero, quindi, semplicemente limitarsi, sia pure usufruendo di un'ampia discrezionalità nelle scelte, ad un'attività educativa volta al rispetto della personalità del minore e dei precetti costituzionali che la garantiscono. Il secondo momento «è invece quello in cui il minore, pur incapace di agire in campo negoziale, abbia una sua propria capacità di agire nel campo personale», che si concretizzerebbe nell'assenza «del potere dei genitori di determinare il comportamento del figlio». È un momento, che di solito corrisponde alla fase adolescenziale, in cui si sono maturati gli effetti di crescita intellettuale e psicologica del minore e in cui gli stessi principi impegnano i genitori a modificare le modalità e gli stessi contenuti della funzione educativa. Di conseguenza, accanto al diritto alla funzione educativa dei genitori acquista rilevanza e contenuto il «diritto del minore all'autoeducazione», in una fase che, secondo questi autori, non può essere posta al compimento del quattordicesimo anno (come invece sostiene AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 203), ma deve essere individuata, a prescindere dall'età cronologica, in un momento in cui il minore ha la capacità di autodeterminarsi. Vedi anche BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Torino, 1994, p. 203.

(48) Il riconoscimento di questo autonomo diritto a favore del minore viene compiuto, nel nostro ordinamento, facendo riferimento, esclusivamente, a norme interne (l'art. 19 Cost. e l'art. 147 C.C.), per cui il rinvio alle disposizioni contenute nella Convenzione dell'O.N.U. del 1989 servirebbe solo da ulteriore conferma: ci si riferisce all'art. 14 di tale Convenzione, che riconosce allo stesso minore «la libertà di pensiero, di coscienza e di religione», attribuendo ai genitori solo il dovere di «guidarlo in modo rispondente alle sue capacità evolutive».

di modo che, sotto questo aspetto, il conflitto con i genitori dovrà essere risolto tenendo conto delle scelte consapevolmente operate dal minore.

Bisogna sottolineare, comunque, che una volta accertata la capacità di discernimento del minore, non si ha la prevalenza automatica della sua tesi nei confronti della contrapposta posizione dei genitori, in quanto non è escluso che si possa giungere anche ad una restrizione del suo diritto, quando ciò sia richiesto dall'interesse della cura del minore e della sua educazione (49).

SEZIONE II
IL FATTORE RELIGIOSO NEL CASO DI SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI

1. LE ORIGINI: LA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI FERRARA, 31 AGOSTO 1948

La sentenza del Tribunale di Ferrara (1) ha disposto la separazione coniugale per colpa del marito e il conseguente affidamento dei figli alla madre, in quanto il padre, occupato tutto il giorno in ufficio, non appariva in grado di curarli ed educarli con la dovuta diligenza e, soprattutto, perché questo, bestemmiatore abituale, non forniva la garanzia di essere un perfetto educatore. Tale garanzia (si legge nella motivazione) veniva a mancare dal momento che, essendo la «moglie religiosissima e il marito un ateo perfetto», quest'ultimo non aveva fatto ammettere il figlio ai sacramenti della Cresima e della Comunione e non aveva mai tralasciato l'occasione di disprezzare, nei confronti del figlio, la religione ed i preti, giungendo fino al punto di mostrargli e di fargli leggere i giornali umoristici di vilipendio alla religione.

Questa sentenza, anche conosciuta come «caso Poldino», suscitò una vivace e accesa polemica tra i giuristi dell'epoca (2) e introdusse una pro-

---

(49) STANZIONE, Diritti fondamentali dei *minori* e potestà dei genitori, cit., p. 468 e ss.; RUSCELLO, Fattore religioso e diritti del minore *nell'indirizzo* educativo, in Rass. Dir. civ., 1992, p. 110 e ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. min. Napoli, 13 gennaio 1983, in Rass. Dir. civ., 1983, p. 1145 e ss.

(1) Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, in Giur. it., 1948, I, 2, 592; in Giur. it., 1949, I, 2, 11; in Foro Pad., 1949, IV, 168; in Dir. Eccl., 1949, p. 388 e ss.; pubblicata integralmente in Temi, 1949, p. 450 e ss.

(2) Il primo a pronunciarsi su questa decisione, probabilmente senza immaginare il polverone che si sarebbe sollevato, fu BIGIAVI, con la sua nota critica, in

blematica fino ad allora sconosciuta: si disputava tra educazione laica e religiosa, tra ateismo, come elemento di demerito ai fini educativi della prole ed esperienza religiosa, come necessario beneficio per la psicologia infantile.

Una tale questione, nel passato, non si era mai presentata all'esame del giudice italiano. Il nostro paese, infatti, era caratterizzato da una relativa omogeneità religiosa, in quanto la maggioranza dei cittadini seguiva la religione cattolica, e ciò ha fatto sì che fino al 1948 non sorgessero contrasti di tal genere.

Ma l'aumento, anche in Italia, del numero dei matrimoni tra italiani e stranieri (e stranieri non cattolici), l'incremento delle conversioni dalla religione cattolica ad altre religioni e la nascita di nuovi movimenti religiosi hanno reso possibile il crearsi di situazioni, quali i matrimoni di mista nazionalità e di mista religione, che nel tempo hanno fatto sorgere episodi analoghi a quello di Ferrara.

Con la sentenza in esame il giudice ha dovuto effettuare una scelta tra due diverse concezioni di vita, tra due modi di pensare, tra due differenti idee religiose, per poi far discendere da tale scelta un prowedimento sull'affidamento dei figli ad uno dei genitori. Il giudice ha dovuto esprimere

---

Giur. it., 1948, I, 2, 592 e ss., a cui seguì l'osservazione di ALLORIO, Ateismo ed educazione dei figli, e successiva replica di BIGIAVI, Ateismo, educazione laica ed assegnazione dei *figli* di coniugi separati, entrambe in Giur. it., 1949, I, 2, 11 e ss. Fu a questo punto che sulla questione si instaurò un animato dibattito che vide, anche se tra diverse motivazioni, al seguito dell'opinione di Bigiavi, BARBARESCHI, Assegnazione dei figli e libertà di coscienza, in Giur. it., 1949, IV, 42; CANDIAN, Religiosità ed ateismo dell'educatore, in Temi, 1949, p. 450 *e* ss.; BARILE, Regime costituzionale e disciplina concordataria in tema di educazione della prole, in Foro Pad., 1949, IV, 168 e ss. e di nuovo BARILE, Ancora sui riflessi costituzionali in tema di educazione della prole, in Foro Pad., 1950, IV, 107 *e* ss.; ASCARELLI, In tema di affidamento della prole e libertà di religione, in Foro it., 1950, I, 894 e ss.; e al seguito dell'orientamento espresso da Allorio, STOLFI, Sull'art. *155* al. 1 del codice civile, in Foro it., 1949, IV, 49 e ss.; SATTA, L'affidamento della prole nei poteri e nei doveri del giudice, ivi, 1949, IV, 52 e ss.; CARNELUTTI, Libertà di coscienza nell'affidamento della prole al coniuge separato, ivi, 1949, IV, 56 e ss.; LENER, Differenze religiose tra coniugi, separazione personale (o divorzio) e assegnazione dei figli, ivi, 1949, IV, 61 e ss.; ORESTANO, Educazione religiosa ed affidamento della prole nella separazione personale di coniugi, ivi, 1949, IV, 70 e ss. Nella polemica, hanno fatto di nuovo sentire le loro voci sia Allorio, che Bigiavi. Il primo con L'ateo educatore, in Giur. it., 1949, IV, 33 e ss.; Ancora sull'educazione atea e sulla discrezionalità del magistrato, in Temi, 1949, p. 468 e ss.; Ancora sul problema giuridico dell'educazione religiosa e dell'educazione iweligiosa, in Jus, 1950, p. 275 e ss. Il secondo con una nota, in Giur. it., 1950, I, 2, 241 e ss.; Ateismo e affidamento della prole, in Riv. *Trim.* dir. Proc. Civ., 1950, p. 534 e ss. ed infine con la pubblicazione di un libro, Ateismo e *affidamento* della prole, con lettera introduttiva di P. Calamandrei, Padova, 1951.

una preferenza tra i coniugi, «o meglio, tra le loro 'moralità'» (3), e quindi accogliere le ragioni di uno piuttosto che di un altro.

Tale pronuncia sollevò interessanti interrogativi, sui quali disquisirono a lungo i giuristi del passato. Essi si chiedevano: è preferibile il coniuge ateo o quello religioso (cattolico) per curare l'educazione della prole? L'ateismo o la religiosità dei coniugi possono costituire fattori influenti per la decisione del giudice in tema di affidamento dei figli? In termini più generali: alla luce di quali principi giudicare la maggiore o minore 'moralità' (4) di una concezione di vita, di una religione?

Tutti interrogativi che accesero gli animi degli studiosi e che hanno avuto come conseguenza l'applicazione del diritto alla stregua delle soggettive convinzioni religiose od antireligiose degli studiosi stessi.

Prescindendo dall'esame delle varie opinioni dottrinali (5), si può comunque mettere in rilievo che nelle contrapposte posizioni mancava un qualsiasi riferimento all'interesse del minore (6), che invece avrebbe dovuto essere al centro di ogni ragionamento. Si disputava tra educazione laica e religiosa, senza precisare che l'una o l'altra dovevano esercitarsi nel rispetto della personalità del fanciullo.

Dovevano trascorrere ancora alcuni anni prima che si potesse dare risalto, in modo accettabile e tramite un nuovo indirizzo giurisprudenziale, alla posizione del minore, al punto tale da attribuirgli un vero e proprio spazio di autonomia per le scelte esistenziali *e* contemporaneamente giungendo a limitare la potestà dei genitori. (7)

2. LA SENTENZA DELLA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA, 13 APRILE 1950

La Corte d'Appello bolognese, il 13 aprile 1950 (8), assume un atteggiamento diametralmente opposto, riformando la sentenza dei giudici ferrare-

---

(3) CRIPPA, Come giudicare la maggiore o minore «moralità»di una morale: l'affidamento dei figli, in *Leg.* e Giust., 1994, p. 371 e ss.

(4) FERRI, Saggi di diritto civile, 1993, p. 63.

(5) Cfr., oltre ai singoli autori citati nella seconda nota di questa sezione, anche NAPPI, *Interferenze* politico-confessionali nell'applicazione del diritto, in Mon. *Trib.*, 1949, p. 49.

(6) DOGLIOTTI, Professione di ateismo e potestà dei genitori, nota a commento del decreto del Tribunale minorile di Trento, 28 aprile 1976, in Giur. merito, 1979, p. 362 e ss.; COSSU, Educazione del minore e potestà dei genitori. Analisi di alcuni modelli giurisprudenziali, in Dir. Fam., 1977, p.339.

(7) STANZIONE, Scelte esistenziali e autonomia del minore, nota a commento del decreto del Tribunale minorile di Napoli, 13 gennaio 1983, in Rass. Dir. Civ., 1983, p. 1145 e ss.

(8) App. Bologna, 13 aprile 1950, in Giur. it., 1950, I, 2, 241, con nota di Bigiavi; in Foro it., 1950, I, 894, con nota di Ascarelli; in Foro pad., 1950, IV, 108, con

si. La pronuncia della Corte bolognese(9) ha tacitato ogni polemica, statuendo che l'ateismo di un coniuge non può, non deve influire sull'affidamento dei figli.

Prima che la Corte si pronunciasse, il Tribunale di Trani, con sentenza 16 giugno 1949 (10), è intervenuto in un caso analogo: il giudice ha deciso di togliere l'affidamento dei figli alla madre, concedendolo al padre, perché quella aveva arbitrariamente modificato l'indirizzo educativo dei figli stessi, sottraendoli alla religione cattolica ed avviandoli a quella ortodossa.

In tale questione non si trattava di risolvere il conflitto, posto negli stessi termini del «caso Poldino» (coniuge ateo — coniuge cattolico osservante), ma si doveva decidere tra due coniugi praticanti, uno la religione cattolica e l'altro la religione scismatica ortodossa (11).

Nella motivazione della sentenza del Tribunale di Trani si legge che «una preferenza dello Stato per l'una o per l'altra religione non vi è» e che «non si vuole negare l'idoneità all'educazione morale della prole del genitore appartenente a religione diversa da quella professata dalla gran maggioranza degli italiani quando sano è in lui il senso morale, e sana la pratica della vita»; ma nonostante queste premesse, più oltre si legge che «ben grave perplessità vi potrebbe essere, invece ... , nell'affidamento della prole ad un genitore ateo)), concludendo che, nel caso di specie, la madre era colpevole di non aver rispettato il patto, concluso tacitamente con il padre, di educare i figli nella religione cattolica (i coniugi avevano, infatti, avviato i figli al cattolicesimo, mediante il battesimo) (12).

---

commento di Barile, che affronta in modo particolareggiato il rapporto tra Patti Lateranensi e Costituzione, già richiamato nella nota a commento della sentenza di Ferrara, in Foro pad., 1949, IV, 168; in Riv. *Trim.* dir. Proc. Civ., 1950, p. 534, con commento di Bigiavi; in *Ius,* 1950, p. 277, con nota di Allorio.

(9) Definita «ottima» dal BARILE, Ancora sui riflessi costitizionali in tema di educazione della *prole,* cit., 107.

(10) Trib. Trani, 16 giugno 1949, in Giur. it., 1949, II, 465 e in Dir. Eccl., 1950, p. 390.

(11) BARRERA, Dissenso di coniugi separati sull'educazione religiosa dei figli, in Dir. Eccl., 1950, p. 390 e ss.

(12) Il giudice ha affermato che «il coniuge separato ... a cui vengono affidati i figli non può modificare a suo piacimento quelle che sono le basi dell'educazione morale e religiosa dei figli stessi.» È d'accordo con la soluzione data dal Tribunale di Trani PLUMITALLO, Prime riflessioni sulla libertà religiosa nel nuovo diritto di famiglia. Critiche alla famiglia di fatto, in Dir. Eccl., 1980, p. 183-184, ove dà notevole importanza ai patti, implicitamente o esplicitamente, convenuti tra i coniugi all'atto di celebrazione del loro matrimonio. L'A. sostiene che se un coniuge muta religione, può venire meno alle legittime aspettative e aspirazioni di vita dell'altro, incrinando l'armonia coniugale, fonte dell'accordo familiare. Di conseguenza, affinché il mutamento di religione possa considerarsi giusta causa di separazione, ciò che conta non è la conversione in sé, quanto il mancato rispetto dei patti coniugali al momento del matrimonio, che si traduca in comportamenti ingiuriosi e come tali lesivi del sentimento religioso dell'altro coniuge.

Tralasciando ora la sentenza del Tribunale di Trani (che non ha certo provocato il vespaio di polemiche, che invece suscitò il caso di Ferrara) vediamo di approfondire l'analisi della pronuncia della Corte bolognese, che nella concisa motivazione, sembra aver esaminato e risolto quasi tutti gli argomenti trattati dalla dottrina.

Innanzitutto, implicitamente si trova affermato che un «ateismo deteriore, gretto, intollerante e oltraggioso delle altrui credenze» sarebbe stato un fattore rilevante nell'escludere la capacità di buon educatore nel coniuge ateo. È il medesimo concetto esposto dal Candian ([13]): «rilevanza del fanatismo religioso o antireligioso», fanatismo giustamente esteso anche nel campo dei credenti, dell'una o dell'altra religione, i quali, quando siano dei fanatici intolleranti, non sono certo preferibili agli atei fanatici ([14]).

La sentenza ha inoltre statuito che d'ateismo di principio, che rientra nel campo della libertà di coscienza, ... non può spiegare alcuna influenza sull'esercizio della facoltà discrezionale concessa al magistrato dall'art. 155 c.c. Il Tribunale ... deve solo preoccuparsi che l'educazione e l'istruzione» dei figli «saranno conformi ai principi della morale ...» (cfr. art 147 c.c. prima della riforma del 1975). Questi ultimi «rappresentano il prodotto in atto dell'esperienza etica millenaria dello spirito e non possono essere monopolizzati nei precetti di nessuna religione positiva ...» Così facendo, viene ad affermare, implicitamente, il principio che il limite del potere discrezionale concesso al giudice sta nel rispetto della libertà di pensiero del singolo e che esso non può essere messo in discussione perché la maggioranza, la società sono di parere contrario.

Da quanto detto, si può affermare che la sentenza della Corte d'Appello di Bologna, per l'epoca in cui fu pronunciata, è stata veramente innovativa, in quanto ha stabilito dei principi che erano in perfetta sintonia con la nuova disciplina costituzionale che ancora faticava ad essere applicata.

3. GLI ORIENTAMENTI SUCCESSIVI

Negli anni che seguono le sentenze di Ferrara e Bologna, attraverso sentenze innovative e, in un certo senso, anche coraggiose rispetto all'epo-

---

([13]) CANDIAN, op. cit., p. 466

([14]) Più recentemente è tornato sul punto il FERRER, Orientamenti *giurisprudenziali* in tema di affidamento della prole. Note critiche, in Rass. *Dir.* Civ., 1984, p. 724 e ss., ove afferma che nessuna forma di culto religioso può degenerare in fanatismo e, quindi, tradursi in un'imposizione forzata, ricorrendo alla violenza o anche solo allo spirito di soggezione. Cfr. anche RUSCELLO, Fattore religioso e diritti del minore nell'indirizzo educativo, in Rass. Dir. civ., 1992, p. 110 e ss.

ca in cui furono pronunciate, si verificò un mutamento d'indirizzo, che si consolidò nel tempo, fino ad arrivare ai giorni nostri: evidenziare la posizione del minore, riconoscendogli sempre più uno spazio autonomo di determinazione e, correlativamente, limitare la potestà genitoriale (15).

3.1. *Il decennio che segue la sentenza della Corte d'Appello di Bologna*

È necessario sottolineare che tale cambiamento si verificò per gradi e, negli anni immediatamente successivi al «caso Poldino», ci furono pronunce che ora protendevano verso la soluzione conservatrice accolta dalla sentenza di Ferrara, ora verso il nuovo indirizzo delineato dalla sentenza bolognese.

Innanzitutto, si ritrova, in senso conforme alla decisione dei giudici ferraresi, un'ordinanza collegiale del Tribunale di Rovigo, del 27 settembre 1952, con la quale si riconosceva la legittimità di una precedente ordinanza istruttoria, del 21-25 agosto 1952, che ai fini della decisione dell'attribuzione della prole ammetteva una prova testimoniale, volta ad accertare che il coniuge richiedente l'affidamento (la moglie) non era «religiosamente praticante» (16).

Qui non ci si fermava alla condanna dell'ateismo, ma si pretendeva che il coniuge fosse un religioso praticante, e che quindi mostrasse pubblicamente di credere in una religione (quella cattolica) e di osservarne i riti! E tutto questo per ottenere l'affidamento dei figli, ancora una volta prescindendo dal loro interesse.

Orientata nel senso della Corte d'Appello di Bologna è, invece, una sentenza del Tribunale di Venezia, del 17 agosto 1953 (17), per cui: «I gravi motivi che giustificano il collocamento della prole in un istituto di educazione non sussistono per il solo fatto che la madre, cui la prole stessa era stata affidata, professi una religione diversa dalla cattolica» (nella specie, cristiano-evangelica), e «militi attivamente nel partito comunista.»

---

(15) Emblematica in tal senso la pronuncia del Trib. min. Bologna, 26 ottobre 1973, in Foro Pad., 1975, I, 346 e ss., con nota a commento di BESSONE, Educazione del minore, diritti della personalità e *'ratio* legis' dell'art. 2 Cost.

(16) Trib. Rovigo, 27 settembre 1952, in Foro it., 1953, IV, 1, con commento di BIGIAVI, Un altro e più *grave* Caso di *Ferrara',* ove critica aspramente l'ordinanza dei magistrati di Rovigo. È concorde con il Bigiavi anche lo SCIALOJA, che nella sua Postilla, in Foro it., 1953, IV, 6, afferma in tono polemico che le ordinanze rodigine segnano «un notevole ... progresso sulla via delle interferenze tra diritto e religione».

(17) Trib. Venezia, 17 agosto 1953, in Il nuovo diritto, 1955, p. 591 e ss., con commento di DINI, Fede politica e religiosa *nell'affidamento* della prole.

In tale questione non si discuteva solo del sentimento religioso, ma anche delle opinioni politiche del coniuge e, come giustamente rilevava Dini, la bontà della decisione accolta dal Tribunale di Venezia stava proprio nel fatto che una soluzione contraria avrebbe negato ogni libertà di pensiero e, per di più, avrebbe imposto ai genitori un sistema di educazione «secondo che faccia comodo ad una determinata confessione religiosa o ad un determinato partito politico che regga, in un dato momento storico, le redini del potere.)) Sulla base dell'art. 147 C.C., prima della riforma, l'istruzione e l'educazione dovevano essere sì conformi ai principi della morale, ma la morale non era certo da confondere con l'appartenenza ad una fede religiosa o ad un partito politico.

Dodici anni dopo la sentenza di Ferrara, nonostante le pronunce a questa contrarie, il Tribunale di Oristano, il 22 luglio 1960 [18], torna alla tesi dei giudici ferraresi, affermando che, nel pronunciare separazione personale per colpa di entrambi i coniugi, la prole deve essere affidata a quello dei due che offra le necessarie garanzie per l'educazione religiosa dei figli. Il motivo posto a fondamento di tale decisione era che, siccome i giovani da affidare erano italiani e vivevano in Italia, essi dovevano anche essere educati in modo tale da permetterne l'inserimento nella società cui appartenevano; di conseguenza, doveva essere dato loro un indirizzo religioso conforme a quello seguito dalla maggioranza dei cittadini. Per questi motivi, il Tribunale di Oristano ha preferito affidare i figli al padre, italiano e cattolico, piuttosto che alla madre, apolide, già jugoslava, italiana ed argentina e, di religione, successivamente, cattolica, greco-ortodossa, vetero-cattolica e infine di nuovo cattolica.

La decisione è stata, quasi all'unanimità, criticata dalla dottrina [19] con argomentazioni che si basavano sui principi costituzionali di uguaglianza (art. **3)** e libertà (art. 19) in materia religiosa. In conclusione, si può affermare (come già era stato fatto dagli studiosi che avevano criticato la sentenza di Ferrara) che il giudice non poteva dare rilievo all'elemento della religione, incontrando, il suo potere discrezionale, un limite

---

[18] Trib. Oristano, 22 luglio 1960, in Foro it., 1961, I, 365 e in *Dem.* e Dir., 1961, p. 354 e ss., con commento di VINCENZI, *Affidamento* della prole e garanzia *dell'educazione* religiosa.

[19] A titolo esemplificativo, VINCENZI, op. cit., loc. cit. A favore, vedi un giurista, che ha preferito firmarsi con la sigla 'L.B.', il quale ha difeso tale sentenza con una breve nota, Affidamento della prole ed educazione religiosa, in Dir. e Giur., 1961, p. 138, ove afferma che la rilevanza del fattore religioso è accettabile, in quanto la decisione ha dimostrato come, in concreto, anche tale elemento possa e debba concorrere a dare un giudizio sulle capacità di uno o dell'altro coniuge, giudizio che è alla base di ogni decisione in materia di affidamento della prole.

invalicabile nella norma costituzionale, che vieta di assumere tale dato a criterio di differenziazione ([20]).

3.2. *Dagli anni '80 ai giorni nostri*

Dalla pronuncia del Tribunale di Oristano fino al 1980 non si sono presentati casi giudiziari analoghi a quello di Ferrara. In questo ventennio si è assistito ad un mutamento di prospettiva di notevole importanza, che ha il suo momento più significativo nella riforma del diritto di famiglia del 1975: il graduale passaggio dalla tutela del matrimonio religioso (e, quindi, dell'educazione religiosa) alla tutela del minore in quanto tale.

Bisogna attendere il 19 giugno 1980 per rinvenire una questione relativa alle convinzioni religiose dei coniugi in rapporto all'affidamento della prole ([21]). Il tribunale di Aosta ha statuito nel senso che la professione di fede del genitore non può influenzare la valutazione della sua idoneità a curare l'interesse della prole e, quindi, che le considerazioni di carattere religioso sono irrilevanti ai fini dell'affidamento della prole. La *res controversa* non era tanto il culto praticato dal padre o dalla madre, bensì la fede religiosa in cui sarebbero stati educati i figli, una volta deciso sull'affidamento.

La moglie, convertitasi alla pratica dei Testimoni di Geova, intendeva esercitare liberamente, con i figli, questa confessione religiosa, mentre il marito voleva che i figli fossero mantenuti nell'esercizio ed educati secondo i principi della religione cattolica. I figli sono stati affidati alla madre, solo ed esclusivamente sulla base del fatto che essa li poteva seguire «con maggiore assiduità» rispetto al padre: le considerazioni di carattere religioso invocate dal marito rimanevano del tutto irrilevanti, anche se effettivamente il Tribunale ha riconosciuto che le «reciproche incomprensioni, esasperate da un malinteso e fanatico spirito religioso» hanno fatto naufragare il matrimonio.

([20]) FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso,* Milano, 1958, p. 99 e ss.

([21]) Trib. Aosta, 19 giugno 1980, in *Dir. fam.,* 1981, p. 176 e ss. e p. 524 e ss., con nota a commento di TOMASELLI, *Separazione dei coniugi, educazione religiosa dei figli e scelta del coniuge affidatario.* Tale sentenza è stata ritenuta «sommaria ed evasiva in parte» da PAJARDI-ORTOLAN, *La separazione personale dei coniugi,* in Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata, Milano, 1996, p. 279, ove propendono per l'affidamento a quello dei due genitori che sia religioso (a qualunque religione appartenga) piuttosto che a quello ateo, e tra l'educatore religioso cattolico e quello acattolico per l'affidamento al primo, «non potendosi disconoscere che la religione cattolica (anche a prescindere dal suo riconoscimento statuale) è per tradizione, per storia, per costume, quella più sentita di gran lunga dal nostro popolo e quindi presumibilmente la più consona all'educazione di coloro che di questo popolo fanno parte».

Nello stesso anno, il 10 dicembre, il Tribunale di Patti ([22]) ha deciso una questione analoga alla precedente, affermando che, l'adesione ad una nuova religione (nella specie Testimoni di Geova), da parte della moglie, in quanto trattasi dell'espressione di una libertà costituzionalmente garantita, non poteva essere causa d'addebito della separazione, che, invece, venne addebitata al marito, in quanto manifestava intolleranza verso le convinzioni della moglie e ne ostacolava le pratiche religiose. Questo per quanto riguarda l'addebito della separazione. E i figli, a chi affidarli? Alla madre, Testimone di Geova, o al padre, cattolico? Data la tenera età, essi furono affidati alla madre, con l'affermazione del loro diritto ad essere comunque educati nella religione cattolica «della quale hanno ricevuto il battesimo». Nel tentativo di perseguire l'interesse dei figli (evitare loro qualsiasi turbamento), i giudici di Patti sono giunti ad una decisione che non lascia vedere come l'affidamento alla madre, Testimone di Geova, possa conciliarsi con il diritto dei figli, esplicitamente riconosciuto dal Tribunale, ad essere allevati nella religione cattolica ([23]). Tale tipo di educazione, infatti, avrebbe

---

([22]) Trib. Patti, 10 dicembre 1980, in Dir. *Fam.,* 1981, p. 550 e in Dir. *Fam.,* 1983, p. 111, con nota a commento di CELI, Apostasia di uno dei coniugi, separazione personale ed educazione religiosa dei figli.

([23]) Ma quale può essere la fonte di tale diritto? Lo Stato, in base ai principi costituzionali in materia, non può e non deve tutelare questo o quell'orientamento religioso, o incoraggiare la religiosità invece che l'ateismo (logica conseguenza è che «nelle scelte di carattere religioso non può assolutamente interferire ed interloquire l'autorità giudiziaria.» Così Trib. Aosta, 19 giugno 1980, cit.). Nessuna rilevanza può avere il tipo di matrimonio (concordatario) celebrato dai coniugi. Solo nell'ambito dell'ordinamento canonico, da tale forma di matrimonio deriva l'obbligo per i genitori di educare la prole religiosamente, mentre un tale effetto non è disposto dall'ordinamento dello Stato, al quale spetta la disciplina degli effetti civili del matrimonio concordatario. Cfr., per questo aspetto, CELI, op. cit. p. 119; di opinione contraria SPINELLI, Matrimonio e libertà religiosa, in Diritto di famiglia, Raccolta di scritti in onore di Rosario Nicolò, Milano, 1982, p. 71 e ss., il quale afferma che «nel momento in cui gli sposi hanno di comune accordo deciso di contrarre matrimonio nella forma canonica, si sono liberamente impegnati a realizzare nel tempo una famiglia qualificata, quanto a valori ideali, etici e religiosi, da quelli propri del matrimonio cattolico, **fra** cui l'educazione religiosa dei figli. E questo impegno trova giuridica garanzia in quanto, non imponendo l'ordinamento statale un proprio modello di matrimonio, consente l'assunzione dei modelli preferiti dai nubendi e accorda, col riconoscimento della particolare forma di celebrazione, specifica tutela alla capacità autonormativa interna dell'ordinamento familiare, sia pure nei limiti consentiti dall'ordinamento statuale». C'è, infatti, chi sostiene che, per valutare se le convinzioni religiose di un coniuge si possano considerare criterio determinante per l'affidamento della prole, si debba distinguere tra matrimonio civile e matrimonio concordatario. Cfr., a tal proposito, GANGI, Il matrimonio, Milano, 1953, p. 308 e ss.; BRIGUGLIO, voce Separazione personale dei coniugi (diritto civile), in Nss. *Dig. It.,* vol. XVII, 1970, p. 21; da ultimo cfr. GIULIANO-MARINO-GIUPPONI, *Affidamento* della prole e procedimento di separazione, in Vita not., 1994, p. 506.

potuto essere impartita solo dal padre e, quindi, di scarso rilievo appare il suo diritto, riconosciutogli dai giudici, di vigilare sull'educazione religiosa della prole, che, in concreto, è affidata alla madre, in quanto trascorre molto più tempo con loro (il padre è molto impegnato ed impossibilitato materialmente a prendersene cura).

Interessante è l'ordinanza del Tribunale di Mondovì, emessa il 30 luglio 1982 (24), che segue Io stesso indirizzo già delineato dal Tribunale di Aosta e da quello di Patti. I giudici di Mondovì hanno sottolineato due aspetti fondamentali: 1) ritenuto che solo in età matura può essere compiuta un'opzione religiosa meditata e consapevole, i figli (che nella specie sono in tenera età) devono ricevere un'educazione religiosa e possono frequentare le pratiche di culto cui ciascun genitore, «moralmente responsabile», intende avviarli; 2) la professione religiosa di un genitore non può incidere ai fini dell'affidamento, perché il principio di parità tra le differenti religioni e quello, conseguente, di libertà di fede, di professione e propaganda, esigono che la diversità delle confessioni scelte e professate dai coniugi rilevi solo se sia fornita «prova del pregiudizio subìto, o subendo, dai figli» per la loro partecipazione alla fede e alle pratiche confessionali di ciascuno dei genitori.

Con queste ultime tre pronunce si delinea così un effettivo cambiamento d'indirizzo, che si consoliderà nel tempo, grazie anche al conforto della giurisprudenza della Suprema Corte, che, ribaltando il suo tradizionale ruolo volto a frenare le posizioni a volte un po' troppo avanzate dei giudici di merito (25), finalmente, negli anni '80, traccia un percorso nuovo per i giudici di merito, ancora incerti nell'applicare i principi della disciplina familiare, riformata nel 1975.

La prima tappa è segnata dalla pronuncia n. 1714 della Corte di Cassazione (26), che ha negato l'affidamento del figlio al padre (iraniano), il quale lo esigeva sulla base della circostanza che la legge iraniana obbliga l'affidamento al padre del figlio maschio di due anni, «per il duplice limite del divieto delle discriminazioni tra i sessi e dell'esclusivo riguardo all'interesse morale e materiale della prole a prescindere da qualunque confessione religiosa dei genitori))(27). Afferma infatti la Corte: «... in uno Stato dichiaratamente non confessionale (art. 8 Cost.) come l'Italia, in uno Stato, cioè, nel campo religioso neutrale e, quindi, rispettoso delle opzioni individuali nella materia, ... la scelta dell'affidatario non può (non deve)

---

(24) Trib. Mondovì, 30 luglio 1982, in Dir. *Fam.*, 1982, p. 1350 e ss.; cfr anche PAJARDI-ORTOLAN, op. cit., p. 234.

(25) DOGLIOTTI, L'affidamento della prole nella separazione e la *giurisprudenza* della Suprema Corte, in Giust. civ., 1986, I, p. 1977 e ss., in particolare p. 1981.

(26) Cass., 27 febbraio 1985, n. 1714, in Dir. *Fam.*, 1985, p. 537; in Giust. civ., 1985, I, p. 2565 e in Giust. civ., 1986, I, p. 1977.

(27) PAJARDI-ORTOLAN, op. cit., p. 235-236.

essere influenzata (positivamente o negativamente) dalla sua professione religiosa (art. 3 Cost.) ... Il 'credo' religioso del genitore ... non rientra ... tra le componenti del giudizio sulla sua attitudine a curare convenientemente l'interesse della prole, in quanto la neutralità religiosa dell'ordinamento si esprime ... nel rifiuto di norme (canoni o linee di pensiero) che facciano discendere dalle singole confessioni conseguenze, favorevoli o dannose.»

Ma tale sentenza non dispone solo l'irrilevanza del credo religioso di un genitore ai fini dell'affidamento: stabilisce pure che le decisioni relative all'educazione religiosa e ideologica della prole devono essere adottate, senza trascurare le aspirazioni del figlio, da entrambi i genitori, in quanto le decisioni su tale punto concorrono notevolmente alla formazione della personalità dell'individuo e, quindi, rientrano tra le questioni «di maggiore interesse», che il legislatore ha voluto riservare ad entrambi i genitori (art. 155, 3° comma, C.C.).

A breve distanza di tempo, la Cassazione torna a pronunciarsi su analoga questione: è il 23 agosto 1985. Con la sentenza n. 4498 ([28]), da considerarsi un vero e proprio spartiacque in materia, la Suprema Corte affronta due fondamentali aspetti: 1) il mutamento di fede religiosa e la partecipazione alle pratiche collettive del nuovo culto, costituendo esercizio di un diritto costituzionalmente garantito (art. 19), non può rappresentare motivo di addebito della separazione, sempreché tale condotta non superi i limiti di compatibilità con i doveri imposti dagli artt. 143 e 147 C.C.; 2) in mancanza di accordo tra i genitori di diversa fede religiosa circa l'educazione da impartire ai figli, rientra nei poteri-doveri di ciascuno offrire alla prole l'opportunità di conoscere ed apprezzare la fede religiosa preferita.

Dal primo aspetto se ne ricava il principio in base al quale il coniuge non può contare sulla fissità delle idee dell'altro. Il mutamento di fede religiosa costituisce «atto di esercizio di un diritto costituzionalmente garantito... e non si affievolisce perché il soggetto è sposato ed ha dei figli»: il diritto alla libertà religiosa, tutelato dall'art. 19 Cost., significa anche diritto di cambiare fede e seguire la religione che meglio soddisfa le proprie esigenze spirituali, e tale condotta, se comporta «grave turbamento dell'armonia della coppia)) (con la conseguente intollerabilità ed impossibilità di prosecuzione della convivenza), porterà alla separazione, ma non si potrà parlare di addebito se non ***c'è*** violazione dei doveri

([28]) Cass., 23 agosto 1985, n. 4498, in Dir. *Fam.*, 1985, p. 927 e ss.; in Giur. it., 1987, I, 2, 759; in Nuova giur. civ. *comm.*, 1986, p. 126 e ss., con nota di commento di Manuela MANTOVANI e in *Corr.* Giur., 1985, p. 1226 e ss., con nota di commento di BATÀ, Una famiglia ma non una *sola* fede.

coniugali (29). Per ciò che concerne il secondo profilo, la Corte ha affermato che «sarebbe un'abdicazione al proprio dovere di contribuire all'educazione del figlio la rinuncia a priori di un'attività volta a fargli conoscere quella fede che il genitore vede come fonte di serenità in vita e di felicità eterna in morte».

Chiaramente, in tali casi di contrasto, è necessario che l'educazione religiosa debba essere impartita in modo cauto, per evitare 'lacerazioni' al figlio e per far sì che il suo equilibrio psicologico non venga a risentire di questa sorta di 'doppia' educazione religiosa (30).

---

(29) A conferma di tale indirizzo cfr. Cass., 9 agosto 1988, n. 4892, in Dir. *Fam.*, 1988, II, p. 1672 e ss.; Cass., 6 dicembre 1989, n. 5397, in Quad. Dir. Pol. Eccl., 1990/1, p. 633; Cass., 26 maggio 1990, n. 4920, in Quad. Dir. Pol. Eccl., 1990/1, p. 633; Cass., 7 febbraio 1995, n. 1401, in Fam. e Dir., 1995, p. 351 e ss. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Forlì, 12 luglio 1995, in Fam. e Dir., 1996, p. 151 e ss. con nota di commento di TIBY, Testimoni di Geova, crisi coniugale e interesse del minore. In dottrina vedi FINOCCHIARO F., Uguaglianza giuridica e fattore religioso, Milano, 1958, p. 151 e ss. e ancora FINOCCHIARO F., sub art. 19 Cost., in Commentario alla Costituzione, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 174 e ss.; FURGIUELE, Linertà di manifestazione del pensiero e famiglia, in Dir. *Fam.*, 1976, p. 1813 e ss. Più recenti, BOTTA, Manuale di diritto ecclesiastico. *Valori* religiosi e società civile, Torino, 1994, p. 195 e ss.; DOGLIOTTI, Educazione religiosa e criteri di affidamento dei figli nella separazione in *Fam.* e Dir., 1995, p. 352 e ss. e FERRARI, Mutamento di fede religiosa e addebito della separazione, in Cow. Giur., 1995, I, p. 708 e ss. Cfr anche sub art. 151 c.c., in Commentario breve al Codice Civile, CIAN-TRABUCCHI, Padova, 1992 e sub art. 151 c.c., in *Commentario* breve al Codice Civile — Complemento *giurisprudenziale,* CIAN-TRABUCCHI, Padova, 1994. Si pone in posizione più critica M. MANTOVANI, op. cit., p. 130 e ss., per la quale assume rilievo il dovere dell'accordo (novità della riforma del 1975), come metodo di svolgimento del rapporto tra i coniugi. Se il mutamento di fede religiosa e le relative pratiche di culto di uno dei coniugi incidono sull'indirizzo della vita familiare praticato fino a quel momento, è necessario che i coniugi si adoperino per ricercare un accordo relativo alle nuovi basi del ménage familiare. Ma se il nuovo accordo non si forma, si avrà addebito della separazione se il coniuge che ha mutato fede adotta decisioni unilaterali riguardo alle modalità di esercizio del suo credo; invece, non ci sarà addebito se il coniuge che ha aderito ad una nuova religione ha comunque tenuto una condotta corretta nel far valere le sue credenze, e potrà addirittura esserci addebito a carico dell'altro coniuge, qualora la rottura dipenda da una sua «intolleranza che possa essere qualificata come violazione del dovere di assistenza».

(30) M. MANTOVANI, op. cit., p. 132, critica la soluzione offerta dalla S.C., in quanto ritiene che l'educazione dei figli sia materia di accordo ex art. 316 c.c., o, perlomeno, frutto di una tacita intesa, e quindi, se tale accordo dovesse mancare, si pone il problema di un ricorso al giudice, ma non sarà possibile un'iniziativa individuale del singolo genitore in materia di scelta di indirizzi educativi. Ritiene legittima un'ineguale distribuzione del ruolo dei genitori, in ordine allo svolgimento del compito educativo, che trovi la base nell'accordo ex art. 316 c.c., PARADISO, La comunità familiare, cit., p. 343. In giurisprudenza, nel senso della necessità di ricorrere all'accordo dei genitori, nel caso di contrasto circa l'educazione religiosa, in quanto ritenuta decisione di «maggiore interesse» cfr. Trib. Roma, 3 febbraio 1988, n. 1099, in Quad, dir. Pol. Eccl., 199011, p. 634 e ss.

L'importanza di questa sentenza sta nel fatto che, per la prima volta, in modo specifico, si sancisce il principio in base al quale il mutamento di fede religiosa non costituisce violazione dei doveri coniugali e parentali (e quindi non si può considerare motivo di addebito della separazione), salvo che non si accerti, in concreto, che i comportamenti adottati dopo il mutamento del credo religioso comportino inadempimento dei doveri derivanti dal matrimonio (artt.143 e 147 C.C.), tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza (31).

Per dare un quadro generale e tirare le somme dell'analisi fin qui condotta, sulla base delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza di merito e dalla Cassazione si possono fare le seguenti osservazioni:

I) La conversione di un coniuge ad un movimento religioso di minoranza (i casi più frequenti riguardano l'adesione ai Testimoni di Geova) non può essere considerata motivo di addebito della separazione: l'atteggiamento della giurisprudenza è stato costantemente negativo. Dalla metà degli anni '80 in poi, la Corte di Cassazione ha affermato a più riprese che la separazione non può essere addebitata al coniuge convertitosi ad una religione diversa da quella praticata al momento del matrimonio, «giacché ciò non costituisce di per sé violazione dei doveri coniugali. (32). Se poi i comportamenti del coniuge che ha mutato fede religiosa risultano ((incompatibili coi diritti che hanno gli altri membri della famiglia» (33), si potrà giungere alla separazione; ma il giudice non dovrà assolutamente esprimere pareri personali sulla scelta religiosa del coniuge, ma soltanto analizzare se il suo comportamento è oggettivamente incompatibile con i doveri coniugali (34).

II) Per quanto riguarda, invece, il problema se considerare o meno il mutamento di fede religiosa come criterio incidente sull'affidamento della prole, si possono individuare due orientamenti:

A) Larga parte della giurisprudenza, confortata dalla dottrina maggioritaria, afferma che la scelta dell'affidatario non deve essere effettuata sulla

---

(31) Per un'affermazione implicita di tale principio, cfr. Cass., 27 febbraio 1985, cit.

(32) Cass., 9 agosto 1988, n. 4892, in Dir. *Fam.*, 1988, II, p. 1672; nello stesso senso Trib. Bari, 27 settembre 1988, in Quad. dir. Pol. Eccl., 1988, p. 484.

(33) Cass., 23 agosto 1985, n. 4498, in Dir. Fam., 1985, p. 927.

(33) Cass., 9 agosto 1988, cit.

(34) FERRARI, Comportamenti «*eterodossi*» e libertà religiosa. I movimenti religiosi: marginali *nell'esperienza* giuridica *più* recente, in Foro it., I, 1991, p. 272.

base della sua professione religiosa (35); la religione seguita dal genitore è, quindi, ininfluente e «non rientra, tra le componenti del giudizio sulla sua attitudine a curare convenientemente l'interesse della prole» (36). Principio consolidatosi nel tempo che sembra finalmente abbandonare la vecchia concezione secondo cui «tra l'educatore religioso acattolico e l'educatore religioso cattolico, è sempre da preferirsi il secondo» (37).

B) Altra parte della giurisprudenza, comunque minoritaria, è giunta a diverse conclusioni, ordinando all'affidatario di non far frequentare al minore le riunioni dei Testimoni di Geova e di non influenzare le sue scelte religiose (38), o subordinando al controllo del consultorio familiare l'educazione religiosa impartita dalla madre (Testimone di Geova) al figlio (39). Soluzioni non criticabili se derivano dall'accertamento del danno subito dal minore: di conseguenza, sono alquanto discutibili le decisioni adottate dal Tribunale di Palermo e da quello di Venezia (40), «in cui il divieto di educare il figlio nella religione del coniuge affidatario non è suffragato da alcun elemento che provi l'impatto negativo, sull'equilibrato sviluppo della personalità del minore, dall'adesione a quella fede religiosa, e in cui le misure di controllo non sono motivate solo dal "timore che eccessi della madre nell'indottrinamento del figlio secondo il credo dei Testimoni di Geova ... turbino l'equilibrio del bambino" ma anche da considerazioni che esulano dall'ambito delle valutazioni consentite al giudice ("il credo dei Testimoni di Geova" è "notoriamente alquanto integralista e intransigente") oppure che sono irrilevanti per la decisione ("il credo dei Testimoni di Geova" è "scarsamente permeato nel tessuto sociale del nostro paese")» (41).

---

(35) Cass., 27 febbraio 1985, n. 1714, in Dir. Fam., 1985, p. 542. Nello stesso senso, Trib. min. Bologna, 7 febbraio 1978, in Dir. Fam., 1979, p. 1199 e Trib. Aosta, 19 giugno 1980, in Dir. Fam., 1981, p. 176 e ss. e p. 524 e ss.

(36) Cass., 27 febbraio 1985, cit.

(37) PAJARDI, La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza, Padova, 1979, p. 244 e ss.; PAJARDI-ORTOLAN, op. cit., loc. cit.; SCARDULLA, La separazione personale dei coniugi e il divorzio, Milano, 1977, p. 336; FERRARI, *op. ult.* cit., p. 273.

(38) Trib. Palermo, 12 febbraio 1990, in Quad. dir. Pol. Eccl., 1990/1, p. 648; Trib Padova, 12 ottobre 1989, in Quad. dir. Pol. Eccl., 1990/1, p. 642.

(39) Trib. min. Venezia, 10 maggio 1990, in Rass. Dir. Civ., 1992, p. 110 e in Foro it., 1991, I, 271.

(40) Cfr. le ultime due note.

(41) FERRARI, op. ult. cit., 274; cfr. anche RUSCELLO, Fattore religioso e *diritti* del minore *nell'indirizzo* educativo, in Rass. Dir. Civ., 1992, p. 110 e ss., in nota alle sentenze del Tribunale di Venezia e di Palermo, critica le soluzioni adottate dai giudici veneziani e palermitani. Egli afferma che, sulla base del fatto che la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova ha ricevuto, ai sensi dell'art. 2, 1. 24

Sulla stessa linea delle sentenze del Tribunale di Palermo e Venezia si pone la sentenza del Tribunale di Forlì, del 12 luglio 1995 (42), che afferma il principio secondo cui il mutamento di fede religiosa di uno dei coniugi, anche se incide notevolmente sull'armonia del mènage familiare, non può costituire motivo di addebito della separazione. Ma la soluzione che il giudice di Forlì offre, in relazione alle direttive impartite ai genitori, lascia perplessi: sia il padre (cattolico) che la madre (Testimone di Geova) risultano idonei alla funzione genitoriale, ma data la tenera età del bambino e la fondamentale importanza della figura materna in questa fase della crescita, il figlio viene affidato alla madre. E fino a qui nulla di strano. Ma il giudice continua: «atteso il carattere tendenzialmente segregativo, del modello comportamentale geovista, appare fondamentale, al fine di garantire al bambino uno sviluppo equilibrato e la formazione di una personalità autonoma ed indipendente», nonché per fornire al minore una pluralità di punti di vista in materia religiosa, assicurare i contatti con il padre.

Bisogna sottolineare che «l'invito al padre "a non portare con sé a cerimonie cattoliche, pur nel rispetto del suo diritto ad esporre al minore i principi della religione cattolica ..." non si traduce in un obbligo giuridico, come di fatto è avvenuto per la madre»(43). Difatti, vengono stabiliti dei divieti solo nei riguardi della madre, mentre il padre è semplicemente invitato a non condurre il figlio a cerimonie cattoliche, ma tale soluzione non è motivata opportunamente (44).

Ma allora è necessario chiedersi: in che modo e chi potrà vigilare sull'operato della madre? Rispetterà il divieto impostole dal giudice? Con queste modalità si riuscirà a salvaguardare l'equilibrata crescita del figlio? E se il padre scoprisse che la madre disattende al divieto che cosa accadrebbe? La situazione peggiorerebbe sempre di più, e tutto a scapito del figlio. Il giudice di Forlì non ha fornito risposta adeguata a tali interrogativi, ma

---

giugno 1929, n. 1159, il riconoscimento della personalità giuridica propria di un ente di culto acattolico, e che quindi ha anche implicitamente ricevuto il riconoscimento della non contrarietà al buon costume (unico limite che l'art. 19 Cost. pone al diritto di professare liberamente la propria fede religiosa), la Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova si deve considerare espressione di una religione meritevole di tutela ex art. 19 Cost., e, in quanto tale, almeno in astratto idonea a costituire il fondamento ideologico di una eventuale educazione religiosa. Cfr. anche FERRARI, Mutamento di fede religiosa e addebito della separazione, in *Corr.* Giur., 1995, I, p. 708 e ss., in nota alla pronuncia della Corte di Cassazione, 7 febbraio 1995, n. 1401; DOGLIOTTI, La libertà religiosa dei Testimoni di Geova e i principi costituzionali, in Giur. Merito, 1993, I, p. 1323 e ss., in nota all'ordinanza della Pret. Modica, 13 agosto 1990.

(42) Trib Forli, 12 luglio 1995, in *Fam.* e Dir., 1996, p. 151 e ss.

(43) TIBY, op. cit., p. 159.

(44) TIBY, op. cit., loc. cit.

nell'interesse di uno sviluppo psicofisico sereno del bambino, occorre trovare soluzioni alternative che «offrano maggiori garanzie applicative» rispetto a quelle individuate nella sentenza (45).

Di recente, la questione del mutamento di fede religiosa come criterio incidente sull'affidamento dei figli è stata affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, che con sentenza 23 giugno 1993 (46), ha stabilito che nei casi di separazione o divorzio non si può affidare la prole all'uno o all'altro dei genitori in base alle differenti preferenze religiose dei coniugi, qualora l'appartenenza ad una confessione o ad un'altra non si traduca in un comportamento dannoso per il minore. La decisione della Corte europea, nel caso Hoffman contro Austria, segue, quindi, la stessa linea che emerge nella nostra giurisprudenza: ai fini dell'affidamento si deve guardare all'interesse del minore, e ciò comporta il «riferimento a parametri religiosamente neutri, che determinano una tendenziale irrilevanza del fattore religioso nella scelta del genitore affidatario. Anche quando il giudice si mostra favorevole a far crescere il minore nella religione che già gli era impartita al momento della separazione (e quindi ad affidare il minore al genitore che professa tale religione), questa scelta non implica un giudizio di valore su una determinata fede religiosa, ma semplicemente la preferenza per un criterio di continuità educativa, diretto ad evitare ulteriori traumi ad un minore» già troppo coinvolto dalla crisi matrimoniale dei suoi genitori (47).

3.3. *L'interesse del minore come esclusivo criterio per l'affidamento*

L'art. 155 c.c. regola, in modo dettagliato, l'affidamento della prole nella separazione, che deve essere deciso dal giudice tenuto conto dell'esclusi-

---

(45) TIBY, op. cit., p. 159-160. L'A. suggerisce, dubitando però della concreta efficacia, sul piano pratico, delle misure proposte, di cercare di assicurare al minore il mantenimento dell'educazione religiosa che fino ad allora gli era stata impartita in accordo da entrambi i genitori, per preservare il minore dal pericolo di confusione e sconvolgimenti che inciderebbero sul suo equilibrio psicologico. Oppure, si potrebbe anche ricorrere alla previsione di 'controlli periodici da parte del servizio sociale. Cfr. TIBY, op. cit., p. 159 e 160.

(46) Corte europea dei diritti umani, Strasburgo, 23 giugno 1993, in Dir. *Fam.*, 1995, p. 11 e ss.

(47) FERRARI, Mutamento di fede religiosa e addebito della separazione, in *Corr.* giur., 1995, I, p. 709. L'A. afferma che si tratta comunque di un'imparzialità dei giudici non assoluta: abbiamo visto, infatti, le pronunce del Tribunale di Palermo e Venezia, che offrono soluzioni che fanno restare quantomeno perplessi.

vo interesse morale e materiale dei figli stessi ([48]). Il giudice deve tener conto solo di questo criterio, quindi egli dovrà «privilegiare quel genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo i danni derivanti dalla crisi della famiglia e ad assicurare il miglior sviluppo possibile della personalità del minore, in quel contesto di vita che risulti più adeguato a soddisfare le esigenze materiali, morali, affettive e psicologiche di cui egli è portatore» ([49]).

A questo fine si richiede che l'appartenenza confessionale, l'espletamento delle pratiche di fede e l'educazione del figlio secondo i relativi principi non siano realizzati dal genitore affidatario in modo da arrecare pregiudizio al minore ([50]); e tale principio è stato, talvolta, applicato in modo discutibile dal giudice, il quale si è spinto a suggerire al genitore di tenere un comportamento tale da «evitare di esasperare agli occhi del figlio l'importanza delle pratiche di culto della sua fede religiosa», capace di «fornire al bambino una scala di valori immuni da eccessi fideistici, compatibili con una sua crescita equilibrata» e di «offrire al figlio tutti gli strumenti per un suo corretto sviluppo, senza dare carattere assoluto al dato religioso e ponendo il minore medesimo nelle condizioni di operare, in futuro, con libertà ed autonomia, le sue scelte» ([51]).

([48]) Criterio largamente accolto sia in dottrina che in giurisprudenza: in dottrina, si veda, tra gli altri, AA.VV. *Nell'esclusivo* interesse del bambino: i figli contesi per la scissione della coppia, in Dir. *Fam.*, 1982, p. 16 e ss.; FERRER, Orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento della prole. Note critiche, in Rass. Dir. civ., 1984, p. 724 e ss. in particolare p. 759; PIRAINO LETO, Le famiglie *'difficili'*, in Dir. Fam., 1984, p. 205 e ss. in particolare p. 211; PAJARDI, La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza, in Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata, Milano, 1989, p. 190; GRASSETTI, sub art. 155 c.c., in Commentario *al* diritto italiano della *famiglia,* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova, 1992, p. 692 e ss.; AULETTA, Il diritto di famiglia, Torino, 1993, p. 222 e ss.; MANTOVANI M., voce Separazione personale dei coniugi, in Enc. Giur. Treccani, 1994, p. 22. In giurisprudenza, vedi Cass., 2 giugno 1983, n. 3776, in Giur. it., 1983, I, 1, 1352; Cass., 9 maggio 1985, n. 2882, in Giust. civ., 1985, I, p. 2535.

([49]) Cass., 16 luglio 1992, n. 8667.

([50]) MAISTO F., Vicende della separazione personale tra coniugi e libertà di professione religiosa, in Rass. Dir. Civ., 1996, p. 955 e ss.

([51]) Trib. min. Venezia, 10 maggio 1990, cit. e Trib. Palermo, 12 febbraio 1990, cit, che, al di là delle soluzioni discutibili cui sono pervenute, almeno nelle premesse delineano, in modo chiaro, che l'unico criterio che il giudice deve seguire per la scelta del genitore affidatario è il suo interesse morale e materiale, in modo tale che gli venga evitato di subire pregiudizio dalla nuova situazione di famiglia disgregata in cui egli si trova a vivere, e quindi anche dal possibile contrasto tra i genitori, in materia di educazione religiosa. Cfr. anche Cass., 27 febbraio 1985, n. 1714, cit.

L'espressione «interesse del minore» sottolinea «l'esigenza di un armonico sviluppo psicofisico» (52) che dovrà essere individuato con riferimento al caso concreto: l'interesse di un bimbo è diverso da quello di ogni altro, e tale suo interesse potrà mutare col variare delle situazioni (età, grado d'istruzione, maturità, bisogni e necessità della prole) (53).

Ed è proprio per questo che risulta molto difficile individuare «in positivo» alcuni criteri incidenti sull'affidamento della prole (54), mentre invece si possono individuare alcuni criteri in negativo (55).

Tra questi ultimi si può inserire l'atteggiamento discriminatorio, nella scelta del genitore affidatario, sulla base delle sue convinzioni e idee religiose.

Chiaramente, il ragionamento esplicito condotto dal Tribunale di Ferrara nel 1948 (negazione dell'affidamento al padre, in quanto «ateo perfetto»), è destinato a rimanere nella nostra memoria storica; ma nonostante ciò anche dalle attuali pronunce emerge un atteggiamento di diffidenza nei confronti di religioni diverse dalla cattolica, anche se i principi costituzionali (di cui si è già parlato) delineino una società pluralista, che rende inaccettabile la decisione del giudice sulla scelta del genitore affidatario, basata su un contrasto di opinioni religiose, su differenti modi di concepire la vita (56).

Ancora oggi, il genitore che ha aderito ad uno dei nuovi movimenti religiosi o che professa una religione di minoranza (es. Testimoni di Geova) (57) non si trova (assurdità!) sullo stesso piano di un genitore cattolico,

---

(52) DOGLIOTTI, Educazione religiosa e criteri di affidamento dei figli nella separazione, in *Fam.* e Dir., 1995, p. 353.

(53) DOGLIOTTI, *op.* ult. cit., loc. cit.; TIBY, *op.* cit., p. 154; DOGLIOTTI, Separazione e divorzio, Torino, 1995, p. 132 e ss.

(54) DOGLIOTTI, L'interesse dei figli nella separazione. (*A* proposito di una ricerca interdisciplinare), in Dir. *Fam.,* 1990, p. 291; DELL'ANTONIO, Il bambino conteso, Milano, 1983, p. 109 e ss.; AA.VV., *Nell'esclusivo* interesse del bambino: i figli contesi per la scissione della coppia, in Dir. Fam., 1982, p, 16 e ss.; MIRANDA, Scelte esistenziali ed educative dei minori in diritto inglese ed italiano, in Rass. Dir. civ., 1986, p. 1066; CRIPPA L., Come giudicare la maggiore o minore *'moralità'* di una morale: l'affidamento dei figli, in *Leg.* e giust., 1994, p. 371 e ss.; DOGLIOTTI, Educazione religiosa e criteri di affidamento dei figli nella separazione, cit., p. 353.

(55) DOGLIOTTI, Educazione religiosa e criteri di affidamento dei figli nella separazione, cit., loc. cit.

(56) DOGLIOTTI, op. *ult.* cit., p. 354.

(57) DOGLIOTTI, op. *ult.* cit., p. 355; AA.VV., Nuove *forme* del sacro. Movimenti religiosi e mutamento sociale, Bologna, 1986; FERRARI, Comportamenti éterodossi' e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali *nell'esperienza* giuridica *più* recente, in Foro it., 1991, I, 271 e ss., preferisce parlare di 'minoranze religiose', piuttosto che di 'nuovi movimenti religiosi'. L'A. sostiene che tale ultima espressione viene usata per «indicareanche gruppi religiosi che, dotati di lunga tradizione e di grande importanza in altre parti del mondo (es. l'islamismo), si sono sviluppati di recente in Italia dove, di conseguenza, vengono recepiti come 'nuovi'».Cfr. anche AA.VV., Diritti dell'uomo e libertà dei gruppi religiosi. Problemi giuridici dei nuovi movimenti religiosi, a

ai fini dell'affidamento della prole. Ci sono, infatti, alcune pronunce che non concedono l'affidamento ai genitori Testimoni di Geova, mediante ragionamenti che nascondono, più o meno velatamente, un atteggiamento discriminatorio e intollerante nei confronti delle religioni minoritarie presenti nel nostro Paese (58).

In Italia il problema riguarda in modo particolare la religione dei Testimoni di Geova, la quale prevede che i suoi adepti rifiutino le trasfusioni di sangue, anche se ci fosse, per la persona, pericolo di vita (59).

Prescindendo dall'esame delle opinioni dottrinali e delle decisioni pronunciate in materia, si può comunque affermare il principio in base al quale «la scelta di privilegiare un valore costituzionalmente garantito (il diritto alla libertà religiosa) a scapito di un altro valore anch'esso costituzionalmente garantito (il diritto alla vita) è consentita finché riguarda un unico soggetto validamente e pienamente titolare di entrambi i diritti, ma non è lecita quando incide sul diritto alla vita di un altro soggetto, non importa se maggiore o minore di età» (60).

È chiaro che bisogna essere molto prudenti, soprattutto per ciò che riguarda la situazione dei minori d'età, in quanto il nostro sistema prevede l'istituto della potestà parentale; di conseguenza, i genitori, teoricamente, potrebbero anche spingersi fino al punto di impedire l'effettuazione della trasfusione al figlio minore, invocando, per fare ciò, i loro ideali religiosi. Ma questa è una soluzione assolutamente, inaccettabile; infatti è stato sostenuto che d'esercizio della potestà non può estendersi fino a pregiudicare lo stesso fondamento su cui poggia, che è l'interesse del minore)),e «la garanzia della libertà religiosa del genitore è ... problema distinto e ininfluente rispetto a ciò che riguarda in senso proprio l'interesse del minore»(61).

---

cura di Ferrari, Padova, 1989, p. 2 e ss. Per ciò che concerne la setta di Scientology, si rimanda a FINOCCHIARO F., Scientology nell'ordinamento italiano, in Dir. eccl., 1995, p. 603 e ss. Per quanto riguarda le c.d. sette distruttive, si rinvia a FARAON L., *L'affidamento* e la tutela dei minori e il fenomeno delle sette distruttive e delle neo religioni, in Fam. e Dir., 1995, p. 193 e ss.

(58) DOGLIOTTI, op. *ult.* cit., loc. cit.

(59) Famoso è il «caso Oneda»: Ass. Cagliari, 10 marzo 1982, in Foro it., 1983, II, 37 e ss.; tale sentenza è stata successivamente riformata da Ass. app. Cagliari, 13 dicembre 1982, in Giur. it., 1983, II, 364 e ss., annotata da FURGIUELE, Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statuale, in Giur. it., 1983, IV,349 e ss. e poi da Cass. Pen., 13 dicembre 1983, in Foro it., 1984 II, 361 e ss., con nota di FLORIS, Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore. Cfr. anche DALL'ONGARO, La vita e la morte di Isabella Oneda: lo Stato davanti ai Testimoni di Geova, in Dir. Fam., 1985, p. 801 e ss.; FERRARI, op. ult. cit., p. 275 e ss.

(60) FERRARI, op. *ult.* cit., p. 276.

(61) Per la prima affermazione, FERRARI, op. ult. cit., loc. cit.; per la seconda, cfr. FURGIUELE, Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statuale, cit., p. 352 e 355 e ss.

Ed è proprio per questo che i giudici, sulla base dell'art. 333 C.C., sono costantemente intervenuti per limitare la potestà genitoria e, adottando i provvedimenti necessari per tutelare l'interesse del minore, hanno ordinato la trasfusione di sangue, anche contro la volontà degli stessi genitori (62).

Al di là della problematica suscitata dal rifiuto delle trasfusioni di sangue, l'adesione al credo dei Testimoni di Geova richiede la stretta osservanza di tutti i precetti religiosi, «che investono la persona in ogni sfera del suo agire, sia come singolo, sia come partecipe di una formazione sociale (la famiglia, lo Stato)»(63). La conseguenza è chiara: se nella famiglia uno dei genitori si converte alla religione dei Testimoni di Geova, si potrà avere (e nella maggior parte dei casi così awiene) un brusco scossone nello stile di vita condotto fino a quel momento, tale anche, a volte, da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza; se poi la crisi familiare coinvolge anche dei figli (minori), si dovrà cercare di tutelare il loro equilibrato sviluppo, facendo sì che il dissenso religioso che contrappone i genitori non venga ad avere ulteriori conseguenze negative sui figli stessi (64).

ABSTRACT

Il lavoro è strutturato in due parti: a seguito dell'introduzione, vi è una prima sezione, nella quale l'analisi è incentrata sul rapporto tra genitori *e* figli in ordine all'educazione (e in particolare l'educazione in materia religi sa), per valutare se e in che misura si possa individuare un autonomo diritto del minore alla libertà religiosa. La seconda sezione esamina l'incidenza del fattore religioso nel momento disgregativo della famiglia (e cioè nel caso di separazione personale dei coniugi), analizzando, in particolare, le conseguenze in ordine all'affidamento della prole.

The study is divided in two parts: after the introduction, you can find the first section, where the analysis concernes the parents-children educative relationship (in particular the religious education), to evaluate if it exists a child independent right to practice his own religion. The second section evaluates how the religion hes repercussions on parents legal separation, and in particular there is an analysis on the consequences concerning children custody.

---

(62) FERRARI, op. *ult.* cit., loc. cit.; DOGLIOTTI, op. *ult.* cit., loc. cit.

(63) TIBY, op. cit., p. 157. L'A., infatti sottolinea quanto sia fondamentale d'astensione dai rapporti sessuali anche durante il matrimonio, l'uso moderato di bevande alcoliche, la negazione del fumo, il non cibarsi della carne con sangue», il rifiuto del servizio militare e civile, del giuramento, del voto e del saluto alla bandiera.

(64) TIBY, op. cit., loc. cit.; Cfr. Rapporto sulle religioni, vol. I, a cura di Clevernot, 1989, p. 14; GATTO TROCCHI, Le sette in Italia, 1994; FILORAMO, I nuovi movimenti religiosi, 1986.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova Serie - Vol. XI (1997)

GUIDO CASAROLI

IL SISTEMA SANZIONATORIO DEI REATI AMBIENTALI: LINEAMENTI (*)

Sommario

1. Premessa. - 2. Le sanzioni civili. - **3.** Le misure repressive. Evoluzione storica della tutela penale: la «giurisprudenzaecologica».- 4. La disciplina sanzionatoria di settore: *a)* i reati in materia di inquinamento atmosferico. - 5. Segue: b) i reati in materia di inquinamento idrico, - **6.** Segue: *c)* i reati in materia di gestione e smaltimento dei rifiuti. - 7. Il problema dell'oblazione. La sospensione condizionale della pena.

1. *Premessa*

In Italia manca una strategia unitaria di intervento a tutela dell'ambiente: nel nostro ordinamento le condizioni per la creazione di un diritto dell'ambiente si sono prodotte con ritardo rispetto ad altri paesi ed alle effettive esigenze di tutela, e gli interventi legislativi si sono succeduti in modo disomogeneo e «casuale»,sotto la spinta di varie «emergenze».

Ha, quindi, tardato a formarsi anche una nozione unitaria e globale di ambiente ed è assente una definizione legislativa generale di «reato ambientale)).Anche il sistema delle sanzioni risente — owiamente — di questa occasionalità di intervento, frutto, a sua volta, della mancata esatta consapevolezza da parte del legislatore del bene stesso oggetto di tutela. La risposta sanzionatoria ai fatti di inquinamento risulta, pertanto, oscillante nel tempo, talora contraddittoria ed ambigua.

In termini globali, va, comunque, detto che il sistema sanzionatorio italiano a protezione dell'ambiente comprende sanzioni civili, amministrative e penali.

(*) Questo lavoro costituisce il testo, aggiornato e integrato con le note, di una relazione svolta il 14 febbraio 1997 allo «Institut fur Umweltsschutz-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Christian-Albrechts-Universitat Kiel».

2. Le sanzioni civili

La sanzione civile per eccellenza è rappresentata dal risarcimento dei danni, oltre al ripristino dello stato dei luoghi e delle cose. L'azione generale di risarcimento è prevista dall'art. 2043 del codice civile, in relazione a qualunque fatto doloso o colposo che cagioni a taluno un danno ingiusto. La Corte di cassazione, per esempio, ha ritenuto che le esalazioni o le emanazioni maleodoranti non rientrino nell'ambito di previsione dell'art. 674 c.p. (che punisce il «getto pericoloso di cose»), ma, se eccedono i limiti di tollerabilità di cui all'art. 844 c.c., costituiscono fatto illecito che può eventualmente obbligare al risarcimento del danno ex art. 2043 (1).

Giacché, però, l'ambito di tutela codicistica è limitato ai soli diritti soggettivi e l'ambiente fatica ad ottenere riconoscimento giuridico diretto, la tutela realizzabile attraverso l'art. 2043 c.c. si è rivelata di difficile attuazione.

In proposito è intervenuto l'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349 (istitutiva del Ministero dell'ambiente) che riproduce parzialmente il disposto dell'art. 2043 c.c. Esso stabilisce che qualunque fatto doloso o colposo che compromette l'ambiente, arrecandovi danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato. Non deve trattarsi, però, di un danno qualunque, ma di un particolare danno ingiusto: quello che deriva dalla violazione di disposizioni di legge o di prowedimenti adottati in base a leggi. In tal caso, lo Stato, le regioni, le province e i comuni hanno il diritto-dovere di agire davanti al giudice civile per danno ambientale, a prescindere dalla sussistenza di un illecito penale o amministrativo.

L'azione di risarcimento può essere esercitata anche in sede penale. Al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, le associazioni di protezione ambientale (a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni) e i cittadini possono denunciare all'autorità giudiziaria i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza. Le stesse associazioni possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere direttamente in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi. Nella sentenza di condanna, il giudice dispone, se possibile, il ripristino dello stato dei luoghi, a spese del responsabile. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascun soggetto risponde nei limiti della propria responsabilità individuale.

L'azione civile di cui all'art. 18 l. 34911986 rafforza ed agevola, quindi, la tutela dell'ambiente predisposta originariamente solo in via mediata dall'art.2043 c.c., che continua comunque a configurare l'ordinaria azione di risarcimento dei danni a beni di proprietà privata e pubblica.

---

(1) Cass., 29.1.1991, in ***Giust.*** Pen., 1991, II, 617.

Sul piano operativo, però, l'apparato di tutela predisposto dall'art. 18 rivela limiti precisi e mostra evidenti difficoltà applicative endogene. Anzitutto, la peculiare natura del bene ambiente determina ineliminabili e rilevanti incertezze nella valutazione del danno, in quanto, trattandosi norrnalmente di beni extra *commercium,* privi di un reale valore di scambio, mancano elementi di riscontro oggettivamente individuabili per la sua determinazione. Tanto è vero che lo stesso art. 18 l. 349/1986, preso atto di questa realtà, prevede che quando non sia possibile una precisa quantificazione del danno, il giudice ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto di taluni indicatori, che sono la gravità della colpa del responsabile, il costo necessario per il ripristino e il profitto conseguito dal trasgressore.

Un ulteriore limite alla effettività della tutela è connesso alla tipicità dell'illecito ambientale. Perché possa configurarsi un danno risarcibile, è necessario che l'evento lesivo sia stato posto in essere in violazione di specifiche disposizioni di legge o di altri provvedimenti normativi. In presenza di una violazione di legge, inoltre, l'affermazione della responsabilità per danno è subordinata all'esito positivo dell'arduo onere della prova del dolo o della colpa dell'autore del fatto, che incombe sullo Stato-attore.

Per superare o ridurre le suddette difficoltà, si dovrebbe ricorrere a forme di responsabilità civile oggettiva, fondate sulla prova del semplice rapporto di causalità tra il fatto e l'evento dannoso, oppure a forme di responsabilità presunta, con possibilità di prova contraria, a carico dell'autore del fatto, della mancanza di colpa. Quantomeno con riferimento specifico alla responsabilità per danni provocati nell'esercizio di attività pericolose, si potrebbe prevedere che l'esercente di una attività pericolosa sia responsabile dei danni prodotti dall'attività stessa, salvo che provi che il danno è conseguenza di forza maggiore, del dolo del terzo, di un atto dell'autorità o del concorso di colpa del danneggiato.

3. Le misure repressive. Evoluzione storica della tutela penale: la «*giurisprudenza* ecologica»

Nel codice penale italiano non sono previste specifiche e generali fattispecie di reati ambientali. Esistono, invece, numerose sanzioni penali e amministrative disseminate nelle diverse normative di settore.

Prima ancora che a livello legislativo la tutela penale dell'ambiente si è realizzata, però, grazie all'attività «di supplenza» della giurisprudenza. All'apparire e al diffondersi di fenomeni di inquinamento, di fronte al crescente allarme sociale suscitato da tali fenomeni, l'intervento tempestivo dei giudici ha sopperito, inizialmente, al vuoto legislativo e, successivarnente, ai ritardi del legislatore e alle lacune della legge, sollecitandone anche l'iniziativa volta a colmarle.

Il «diritto pretorio» a tutela dei beni ambientali si forma e si sviluppa mediante un'opera di interpretazione estensiva (al limite e talora anche oltre, fino all'applicazione analogica) di norme incriminatrici del codice penale.

Il fenomeno si è manifestato tra la fine degli anni sessanta e gli inizi degli anni settanta, ed ha interessato soprattutto l'ambito dell'inquinamento delle acque.

Una delle norme più frequentemente utilizzate è stata l'art. 439 c.p., che vieta e punisce con la reclusione non inferiore a quindici anni l'«avvelenamento di acque e sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo». I giudici di merito hanno applicato questa norma a qualsiasi forma di inquinamento idrico e non solo quello avente ad oggetto acque destinate all'alimentazione, ritenendo che il riferimento all'«alimentazione» sia dalla legge limitato alle «sostanze» e non si estenda anche alle «acque»(2). Oppure si è sostenuto che l'art. 439 c.p. oltre alle acque destinate in modo diretto ed immediato all'alimentazione (cioè le acque potabili) ricomprende anche qualsiasi altra acqua di superficie che serva indirettamente all'alimentazione umana in senso generale: sono, quindi, oggetto di tutela le acque che servono alla coltivazione delle piante e all'allevamento del bestiame, in quanto da essi l'uomo trae i cibi e le carni con cui si alimenta (3).

Un'altra norma utilizzata in quest'opera di tutela dell'ambiente attraverso la via giudiziaria è l'art. 635, comma 2, n. 3, c.p. che, attraverso il rinvio all'art. 625, n. 7, punisce il danneggiamento di cose mobili «destinate a pubblica utilità». Ritenendo che il rinvio all'art. 625, n. 7, riguardi soltanto la destinazione di pubblica utilità delle cose e non anche la loro natura «mobile» (l'art. 812 c.c. definisce beni immobili i corsi d'acqua pubblici), si è affermata la sussistenza del reato di danneggiamento nel fatto di chi abbia insozzato un corso d'acqua pubblica (4).

Si è anche auspicato il ricorso agli artt. 674 e 438 c.p. Il primo vieta di gettare o di versare in luogo pubblico o esposto al pubblico cose atte ad offendere o imbrattare o molestare persone: mediante un'applicazione estensiva, si è sostenuto che la norma ricorre, per es., anche nel caso del bagnante che esca imbrattato dalle acque del mare o di un fiume o di un lago inquinato in cui si è tuffato (5). La seconda norma incriminatrice punisce la «epidemia mediante diffusione di agenti patogeni», e, poiché nella disposizione non sono indicati i mezzi con cui devono essere diffusi i germi che producono la epidemia, si è ritenuto che il reato si realizzi anche attra-

---

(2) Così, fra gli altri, Pret. Genova, 15.7.1970, in Foro it., 1970, II, 635.

(3) Vedi, per es., Pret. Milano, 14.11.1970, in Quale giustizia, 1971, 352.

(4) Si vedano: Pret. Mede, 6.7.1971, in Foro it., 1972, II, 29; Pret. Abbiategrasso, 26.4.1972, in Foro it., 1973, II, 343.

(5) CICALA, La tutela *dell'ambiente* nel diritto amministrativo, penale e civile, Torino, 1977, p. 87.

verso lo scarico di rifiuti in acqua o la vendita di molluschi o pesci pescati in acque contaminate (6).

Anche nelle disposizioni della legislazione speciale la giurisprudenza ha individuato efficaci strumenti per combattere l'inquinamento delle acque, sebbene le norme utilizzate a tal fine fossero state dettate per perseguire altri scopi. Particolarmente significativa è l'applicazione dell'art. 6 del testo unico delle leggi sulla pesca (R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604). La norma vieta di «gettare o infondere nelle acque materie atte ad intorbidire, stordire o uccidere i pesci e gli altri animali acquatici». Dal tenore letterale della disposizione si desume che si tratta di un reato proprio, strutturato come fattispecie di pericolo «concreto»,avente ad oggetto la tutela diretta della fauna ittica. Un solido indirizzo giurisprudenziale, invece, ha individuato nella norma una fattispecie di pericolo «presunto», che sussiste anche quando si accerti che nel corso d'acqua inquinata non vive alcun tipo di fauna. Inoltre, l'oggetto giuridico viene trasformato ed esteso dalla tutela immediata della fauna acquatica alla protezione delle condizioni ambientali idonee al suo prosperare. Infine, è stato ritenuto che la norma abbia come destinatario «chiunque»e, quindi, configuri un reato comune, allargandone così ulteriormente l'ambito di applicazione (7).

Da questo quadro emerge che nel suo lodevole intento di contrastare e reprimere i crescenti e preoccupanti fenomeni di inquinamento, in assenza di un'apposita legislazione generale o settoriale *ad* hoc, la giurisprudenza ha operato (o è stata costretta ad operare) interpretando in maniera estensiva ed evolutiva le norme esistenti o ricorrendo spesso ad una vera e propria applicazione analogica delle stesse.

Si è pervenuti, così, ad una forzatura non solo della lettera, ma anche del senso e della *ratio* di tutela delle norme incriminatrici utilizzate, attraverso interventi ermeneutici non solo di «correzione», ma anche di «integrazione~del diritto vigente(8). La tutela giurisprudenziale attuata in tal modo finisce, così, per non essere più realmente basata sulla legge. Il giudice, infatti, emette la sua decisione muovendo solo apparentemente dal dato normativo, ma in realtà ricavando intuitivamente la disciplina dalle concrete esigenze sociali di tutela, non ancora espresse in una norma incriminatrice.

---

(6) AMENDOLA, Legge penale ed inquinamento *delle* acque, in Arch. Pen., 1971, I, p. 243. Per una rassegna delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali prima dell'avvento delle normative di settore, v. AMENDOLA, Inquinamento idrico e legislazione penale, Milano, 1972; BARBUTO, Reati in materia di edilizia e inquinamento, Torino, 1987, p. 289 ss.

(7) In tal senso si esprimono Cass., 18.4.1969, in Cass. Pen., 1970, 1784, 2690; Cass. 25.6.1973, in Giust. Pen., 1974, II, 274; Pret. Arona, 19.2.1972, in Foro it., 1971, II, 631.

(8) Cfr. GREGORI-DA COSTA JR., Problemi generali del diritto penale *dell'ambiente,* Padova, 1992, p. **34.**

4. La disciplina sanzionatovia di settore: a) i reati in materia di inquinamento atmosferico

Le vistose lacune in termini di legalità formale della «via giurisprudenziale» alla tutela dell'ambiente intrapresa nei primi anni settanta ed il carattere solo indiretto e mediato della protezione offerta dalle norme generali del codice penale in materia di omicidio e lesioni personali hanno fatto emergere in tutta la sua urgenza, sotto l'incalzare del dilagante fenomeno-inquinamento, la necessità di un apposito intervento legislativo. Il legislatore italiano, anziché intervenire sul codice penale, integrandolo con nuove fattispecie di reati ecologici formulate in termini generali e di sintesi, attraverso un accurato lavoro di selezione di poche e chiare tipologie di condotte di aggressione al bene giuridico-ambiente, ha optato per la più comoda e meno impegnativa soluzione di interventi particolari di settore, con la previsione di fattispecie penali «a pioggia)), costruite in termini di pericolo astratto-presunto, come inosservanza-disobbedienza di provvedimenti e di funzioni della pubblica amministrazione piuttosto che di offesa-lesione *o* messa in pericolo concreta del bene giuridico «ambiente» (9).

Alla previsione di sanzioni penali si è accompagnata quella di sanzioni amministrative, con una tendenza anzi alla «amministrativizzazione» e alla «depenalizzazione» dell'illecito ecologico, che sarebbe parsa, in verità, maggiormente giustificata e coerente se il legislatore avesse previamente e contestualmente provveduto alla «penalizzazione» di taluni specifici e selettivi fatti di reale inquinamento.

L'attività legislativa a protezione dell'ambiente si è, quindi, frazionata e sovrapposta nel tempo, sovente senza i necessari coordinamenti.

Se si esclude la normativa relativa alle leggi sanitarie, che risale al 1934 e contiene alcuni articoli relativi alla disciplina delle industrie insalubri

---

(9) In argomento si vedano: ALBAMONTE, Sistema penale ed ambiente, Padova, 1989, p. 17 ss.; BAJNO, La tutela *dell'ambiente* nel diritto penale, in *Riv. trim.* dir. pen. ec., 1990, pp. 341, 350 ss.; BAJNO, Problemi attuali di diritto penale ambientale, in Riv. *trim.* dir. pen. ec., 1988, p. 345 ss.; CATENACCI, Appunti sulle *tecniche «incrociate»* di tutela del diritto penale *dell'ambiente,* in Riv. *trim.* dir. *pen.* ec., 1990, p. 395; CATENACCI, «Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge «*Merli*» *sull'inquinamento* delle acque, in Riv. *trim.* dir, pen. ec., 1996, p. 1219; CATENACCI, La tutela penale *dell'ambiente,* Padova, 1996; D'ANGELO, Tutela *dell'ambiente* e sanzione penale, in Riv. Giur. Ambiente, 1992, p. 57; INSOLERA, Modello penalistico puro per la tutela *dell'ambiente,* in Dir. pen. e proc., 1997, p. 737; PADOVANI, Tutela di beni e tutela di funzioni, in Cass. Pen., 1987, p. 671; PATRONO, Il diritto penale *dell'ambiente.* Rilievi critici e linee di politica criminale, in Riv. *trim.* dir. pen. ec., 1996, p. 1147 ss.; PATRONO, Inquinamento industriale e tutela penale *dell'ambiente,* Padova, 1980, p. 48 ss.; PEDRAZZI, Profili penalistici di tutela *dell'ambiente,* in Indice pen., 1991, p. 617; VERGINE, Valutazioni in tema di tutela *dell'ambiente* nel diritto penale, in Riv. *trim* dir. pen. ec., 1996, p. 1193; VERGINE, Ambiente nel diritto penale (tutela *dell'),* in *Dig.* Disc. Pen., IX, Torino, 1995, p. 755 (Appendice).

owero alle attività industriali o artigianali da cui si originano fumi, calori, esalazioni, rumori e vibrazioni, la prima specifica legge «ambientale» è la legge del 13 luglio 1966, n. 615, che ha affrontato il problema dell'inquinamento atmosferico. La legge regolamentava le maggiori fonti di inquinamento dell'aria, come i fumi, le polveri, i gas, ricollegate a tre diversi settori: gli impianti termici, gli impianti industriali e i veicoli motorizzati, con suddivisione del territorio in tre zone, ai fini dell'applicazione delle disposizioni sugli impianti termici e industriali, mentre solo la disciplina dei veicoli si applicava in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. La legge 615/1966 non contiene, comunque, in modo esplicito un principio di rispetto della «compatibilità ambientale)),ma è soprattutto la «*compatibilità economica*» ad essere presa in considerazione.

La cosiddetta «leggeantismog» del 1966 è stata in larghissima parte superata da successivi prowedimenti legislativi e, in particolare, dal d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203. Sotto il profilo sanzionatorio, conservano comunque validità gli artt. 9, 10, 15 e 18, che prevedono una serie di reati contrawenzionali relativi all'installazione, all'ampliamento e alla gestione di impianti termici, puniti tutti con la sola *pena pecuniaria* dell'ammenda. Per il reato di cui all'art. 25 (che punisce chiunque, nella conduzione di un impianto, dia luogo ad emissione di fumi aventi contenuti di materie inquinanti superiori ai limiti stabiliti) è prevista, in caso di recidiva, anche la possibilità della sanzione accessoria della «revoca del patentino» di abilitazione alla conduzione dell'impianto, che presenta comunque notevoli difficoltà di applicazione riguardo sia all'autorità competente ad irrogarla (il giudice o l'autorità amministrativa?)sia alla concreta operatività della sanzione (facilmente eludibile da parte dell'imputato che richieda sistematicamente l'ammissione all'oblazione, che estingue il reato senza lasciare conseguenze sanzionatorie). Un aspetto discutibile, sia dell'art.15 sia dell'art. 18, sta nella irrisorietà della pena comminata (da 15.000 a 150.000 lire, in un caso, e da 30.000 a 90.000 lire, nell'altro) e nella limitata sfera di applicazione oggettiva (solo agli impianti termici «civili»di una determinata potenza) e territoriale (solo in caso di violazione nelle zone A e B).

Gli artt.13 e 14 della legge 61511966 prevedono divieti e obblighi, e ancora sanzioni pecuniarie penali (ammende) in relazione all'uso di determinati combustibili e alla inesatta indicazione delle caratteristiche del materiale fornito.

Sono stati, invece, abrogati gli artt. 20 e 22 della legge antismog. Il secondo prevedeva una sola contravvenzione punita con l'ammenda in caso di inquinamento causato da veicoli a motore, in caso di emissione di fumi eccedenti valori prestabiliti. La norma in oggetto appariva doppiamente censurabile: in primo luogo, perché, dopo l'affermazione di principio che tutti i veicoli a motore non devono essere causa di inquinamento, la sanzione penale era poi prevista per le sole violazioni relative alla categoria dei veicoli a motore Diesel; secondariamente, per il minimo ammontare della sanzione stessa (la più esigua fra tutte quelle stabilite dalla legge: da lire 15.000 a lire 60.000) irrogata al conducente del veicolo, con una evidente efficacia dissuasiva pressoché nulla.

L'art. 22 è stato sostituito dall'art. 79 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, che ha introdotto il nuovo «codice della strada»([10]). La predetta disposizione prevede che, con un apposito provvedimento di attuazione, vengano fissati limiti alle emissioni inquinanti (sia atmosferiche sia sonore) e configura, in caso di violazione di tali limiti, non più un reato contravvenzionale, bensì un illecito amministrativo. La tutela, sotto il profilo qualitativo, appare, quindi, attenuata, ma ciò non si traduce in una reale perdita di efficacia dello strumento sanzionatorio che, anzi, in termini quantitativi, risulta oggi dotato di maggior capacità deterrente. L'attuale sanzione amministrativa è, infatti, di ammontare assai più elevato rispetto alla precedente, irrisoria pena pecuniaria, oscillando fra le 100.000 lire e le 400.000 lire.

Probabilmente, per assicurare un grado ancora maggiore di tutela, sarebbe stato opportuno affiancare alla più cospicua sanzione pecuniaria una misura di accessoria diretta ad impedire la circolazione del veicolo «inquinante» fino alla sua regolarizzazione.

La sanzione amministrativa accessoria del «ritiro della carta di circolazione» è prevista, peraltro, in relazione ad un'altra fattispecie di illecito connessa alla precedente: quella di circolazione con un veicolo che non sia stato presentato alla «revisione» prescritta dall'art. 80. Tale revisione deve essere effettuata periodicamente, allo scopo di accertare, fra l'altro, che i veicoli non producano emanazioni di gas e di rumore inquinanti superiori ai limiti stabiliti. La sanzione amministrativa «principale» è rappresentata dal pagamento della somma da lire 200.000 a lire 800.000; tale sanzione è raddoppiata in caso di revisione omessa per più di una volta. In entrambe le ipotesi è comunque, disposta la sanzione accessoria del *ritiro della carta di circolazione.*

La medesima sanzione viene applicata anche a chi esibisce agli organi competenti un'attestazione di revisione falsa: illecito che è punito, in via principale, con la notevole sanzione pecuniaria da lire 500.000 a lire due milioni.

Nel complesso, quindi, la nuova disciplina sanzionatoria dell'inquinamento atmosferico provocato da veicoli a motore è notevolmente inasprita rispetto alla precedente, pur se «declassata» dal rango penale a quello amministrativo.

L'ambito dell'inquinarnento atmosferico nel quale le modifiche di disciplina sono state più ampie e radicali è quello collegato agli impianti industriali. L'art. 20 della legge 615/1966, nell'unica ipotesi di reato contrawenzionale prevista, stabiliva la sola pena dell'ammenda da lire 100.000 a lire un milione. Il fatto punito consisteva nel non avere «eliminato gli inconvenienti» (questa

([10]) In materia, per una breve ricognizione generale, v. AMENDOLA, *L'inquinamento da traffico nel nuovo codice della strada*, in Dir. pen. e proc., 1996, p. 650.

era la assai generica e assolutamente indeterminata formulazione legislativa) dovuti al fatto che gli stabilimenti industriali non fossero conformi alle caratteristiche richieste al fine di contenere entro i più ristretti limiti possibili le emissioni di fumi, gas, polveri, esalazioni, pericolose per la salute o, comunque, inquinanti. Era prevista anche, «indipendentementedal prowedimento penale», la sanzione amministrativa (evidentemente non accessoria, dato che poteva essere autonoma rispetto all'ammenda penale) della «chiusura temporanea dello stabilimento», ordinata dal Prefetto.

Come si vede chiaramente, a fronte della grande potenzialità offensiva dell'attività industriale, gli strumenti di tutela dell'ambiente predisposti dal legislatore erano quanto mai esigui e del tutto inadeguati, sia per la risibile misura dell'unica sanzione penale prevista sia per l'estrema carenza del meccanismo sanzionatorio amministrativo (la sola misura al riguardo risulta non essere mai stata attuata).

A causa dell'inefficacia degli strumenti sanzionatori a protezione dell'atmosfera, la giurisprudenza — come si è visto sopra — ha fatto ricorso spesso alla contrawenzione prevista dall'art. 674 c.p. che, peraltro, tutela il bene dell'incolumità pubblica e, perciò, solo indirettamente si presta ad essere utilizzata nella lotta all'inquinamento atmosferico. La norma, che configura un reato di pericolo concreto, prevede la pena alternativa dell'arresto fino ad un mese o dell'ammenda fino a lire 400.000. Anche se l'art. 674 c.p. porta la rubrica fuorviante: «Getto pericoloso di cose» (che è in relazione alla prima parte della norma), esso, nella seconda parte, disciplina un'ipotesi che pare adattarsi perfettamente ai tipici fatti di inquinamento atmosferico. La norma configura, infatti, il caso di emissioni di gas, vapori, o fumi atti a cagionare effetti di offesa, imbrattamento o molestia di persone nei casi non consentiti dalla legge. Anche se il legislatore del 1930, nel formulare la norma, non aveva certo pensato agli attuali fenomeni di inquinamento, bensì a ben più modesti e primitivi attentati alla incolumità pubblica e privata (come ben evidenzia la rubrica dell'articolo), per l'interprete attuale il significato logico della norma ne consente oggi la piena applicazione nell'ambito dell'inquinamento atmosferico di origine industriale. Soprattutto dopo che, con l'introduzione da parte del legislatore di tabelle dei limiti di tolleranza di alcune sostanze inquinanti (anidride solforosa, acido cloridrico, composti di piombo), è certamente più semplice e scientificamente più corretto per i giudici qualificare come «pericolosa» (ai sensi dell'art. 674 c.p.) o «normalmenteintollerabile»(*ex* art. 844 c.c.) l'emissione o l'immissione di gas, fumi, polveri, vapori o esalazioni provenienti da una fonte di inquinamento.

Purtroppo, però, se nella sua parte «precettiva», l'art. 674, interpretato in forma «evolutiva», appare adeguato alla tutela del «nuovo» bene dell'ambiente, altrettanto non può dirsi per il suo contenuto sanzionatorio, che riflette ancora in pieno la marginalità dell'offesa e la «primitività» delle concrete tipologie di aggressione al bene protetto, così come «storicamente» concepite dal legislatore. È, infatti, evidente la esiguità e l'assoluta inadeguatezza della già citata pena edittale prevista.

Oltre ai giudici di merito, anche la Corte di cassazione ha fatto spesso ricorso all'art. 674 c.p., precisando che l'inciso «nei casi non consentiti dalla legge» comprende anche l'esercizio di attività industriali che, pur essendo autorizzate, producano molestie eccedenti i limiti della tollerabilità eliminabili con opportuni accorgimenti tecnici (11). La Corte ha affrontato, inoltre, il problema dei rapporti fra le norme incriminatrici dell'art. 674 c.p. e dell'art. 20 l. 615/1966, stabilendone la reciproca autonomia precettiva e applicativa (12). Il quadro sanzionatorio complessivo, relativamente ai fatti di inquinamento atmosferico derivante da attività industriali, si compone quindi, in modo un po' ambiguo e contraddittorio, da un lato, di una pena pecuniaria abbinata (non necessariamente) ad una sanzione amministrativa (art. 20 l. 615/1966) e dall'altro, di una pena detentiva in alternativa ad una pena pecuniaria (art. 674 c.p.), di ammontare, però, assai più ridotto rispetto alla precedente.

Negli anni ottanta e nei primi anni novanta, il legislatore ha emanato un gran numero di provvedimenti che dovrebbero fornire nuovi e più validi strumenti a difesa dell'atmosfera. Un particolare rilievo, sotto il profilo generale e quello penalistico in particolare, assume il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203 che dà attuazione (con notevole ritardo) a ben quattro direttive CEE, in materia di qualità dell'aria e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali. Questo provvedimento legislativo era sorretto dalle migliori intenzioni, nel tentativo di colmare alcune lacune e di correggere talune storture della precedente normativa. Il proposito può dirsi, però, solo in minima parte raggiunto e in larga misura frustrato, sia per vizi intrinseci alla nuova legge sia a causa dell'emanazione, con forti dubbi di legittimità, di una serie di successivi provvedimenti di integrazione e completamento del d.P.R. 20311988 (13).

Con il d.P.R. 203/1988 sono state comunque formulate nuove fattispecie incriminatrici che, peraltro, non sempre appaiono coordinate fra loro e formalmente corrette. Si tratta di una vera «pioggia» di fatti illeciti: ben *quattordici* racchiusi in tre norme incriminatrici (gli artt. 24, 25 e 26), relativi ad infrazioni che riguardano sia nuovi impianti industriali sia im-

---

(11) Cass., 28.10.1974, in Riv. Pen., 1975, 889; Cass., 5.4.1976, in Giust. Pen., 1977, II, 212; Cass., VI, 21.2.1977, in Giust. Pen., 1977, II, 483.

(12) Cass., 25.1.1977, in Giust. Pen., 1977, II, 449; Cass., 14.12.1979, in Cass. Pen., 1981, 887; Cass., 11.11.1982, in Cass. Pen., 1984, 1649; Cass., 29.4.1985, in Cass. Pen. Mass., 1985, m. 170265; Cass., 11.5.1992, in Giust. Pen., 1993, II, 41. In dottrina, v. LUCCHESE, Rapporti fra l'art. 674 *c.p.* e la disciplina «*antismog*», in Giust. Pen., 1981, II, 438.

(13) Come il d.P.C.M. 21 luglio 1989, che dovrebbe fissare criteri interpretativi uniformi rispetto al d.P.R. in oggetto; cfr. PAONE, I reati in materia di inquinamento, Torino, 1993, p. 47 s.; POSTIGLIONE, Codice *dell'ambiente,* Rimini, 1995, p. 383 s.; DE FALCO, Attività a ridotto inquinamento atmosferico ed autorizzazioni amministrative. *Problematiche* generali, in Cass. Pen., 1995, p. 3510.

pianti già esistenti. I reati previsti si possono riunire e suddividere in due gruppi: reati formali o di mera disobbedienza e di pericolo astratto (che sono la grande maggioranza), consistenti in comportamenti caratterizzati dalla mancanza del necessario consenso preventivo dell'autorità amministrativa; e reati sostanziali, o ambientali in senso stretto (e di pericolo concreto o addirittura di danno), consistenti nel superamento di valori-limite di emissione (di gas, vapori, ecc.) che comporti altresì il superamento di valori-limite di qualità dell'aria. Nel primo caso, oggetto di tutela non è il bene-ambiente, bensì la funzione esercitata dall'autorità amministrativa; nel secondo, viene, invece, direttamente tutelato l'ambiente, nella forma specifica della salubrità dell'aria.

Tutte le fattispecie descritte costituiscono *reati contravvenzionali,* puniti di regola con la pena detentiva alternativamente alla pena pecuniaria. Solamente nei casi di reati ambientali in senso stretto (artt. 24, comma 6 e 25, comma 4) la pena dev'essere *sempre* quella dell'arresto (fino ad un anno). Nelle ipotesi più gravi di reati formali (costruzione di un nuovo impianto o esercizio di un impianto esistente senza l'autorizzazione owero con autorizzazione sospesa, rifiutata o revocata ovvero dopo l'ordine di chiusura dell'impianto) sono previste *cumulativamente* la pena dell'arresto e dell'ammenda. In questi ultimi casi il trattamento sanzionatorio è abbastanza severo, poiché la pena detentiva varia da due mesi a due anni e la pena pecuniaria da lire 500.000 a lire due milioni. Al riguardo, è, comunque, di recente intervenuta la Corte costituzionale, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 24, comma 1 e dell'art. 25 del d.P.R. 283/1988, per violazione della legge delega, nella parte in cui stabiliscono, per le infrazioni ivi previste e punite, la pena dell'arresto da due mesi a due anni *e* dell'ammenda da lire 500.000 a lire due milioni *anziché* la pena dell'arresto da due mesi a due anni *o* dell'ammenda da lire 500.000 a lire due milioni [14]. Viene, così, eliminata una difformità di trattamento sanzionatorio tra fattispecie tutte formali e di mero pericolo astratto, che indubbiamente costituiva un'anomalia difficilmente giustificabile.

Va, infine, ricordato che, data la molteplicità e diversità delle fattispecie previste nelle varie norme citate è possibile anche un concorso, interno e/o esterno, fra le stesse e, quindi, un *cumulo* di sanzioni [15].

Oltre alle misure penali, il d.P.R. 20311988 prevede anche sanzioni amministrative, di natura extrapecuniaria e a carattere sospensivo o interdittivo: in caso di inosservanza delle prescrizioni dell'autorità che concede l'autorizzazione, si procede, a seconda della gravità dell'infrazione, alla diffida,

---

(14) Corte cost., 19.6/15.7. 1997, n. 234, in G.U. 23 luglio, n. 30, prima serie speciale.

(15) In tal senso, per es., Pret. Reggio Emilia, 15.5.1992, in Giur. Merito, 1992, 1314.

alla sospensione dell'attività, alla revoca dell'autorizzazione e alla chiusura dell'impianto (art. 10). Forse per effetto di una frettolosa e non corretta formulazione legislativa, lo stesso fatto sembra, in qualche caso, costituire, al tempo stesso, reato ed illecito amministrativo, e pertanto risulta punito sia con pena sia con sanzione amministrativa (v., per es., gli artt. 24, comma 4, e 10), con una ancor più accentuata ricaduta in termini di problematicità sulla già di per sé ardua applicazione eventuale dell'art. 9 l. 689/1981.

Il quadro sanzionatorio è completato dall'art. 674 c.p. che, nonostante l'articolata disciplina penalistica del d.P.R. 203/1988, conserva un suo autonomo spazio applicativo. In più occasioni, infatti, la Corte di cassazione ha affermato che la sussistenza di una regolare autorizzazione amministrativa all'esercizio di un'attività industriale non esclude di per sé la configurabilità della contravvenzione di cui all'art.. 674 c.p., qualora da tale esercizio derivi l'emissione di gas, vapori, fumi atti ad offendere, molestare o imbrattare terze persone, essendo comunque tale autorizzazione condizionata ad un esercizio che non superi i limiti della tollerabilità normale (16). Appare ipotizzabile anche un concorso materiale di reati (e un conseguente cumulo di sanzioni) tra la fattispecie contravvenzionale del codice penale e taluna delle ipotesi di reato «formale» di cui agli artt. 24 e 25 d.P.R. 20311988.

Va segnalato che la Corte di cassazione ha prospettato una interpretazione complessiva del d.P.R. 20311988 tale da favorire un'applicazione «diffusa» dell'apparato sanzionatorio ivi previsto. Si afferma, infatti, che il d.P.R. 203/1988 adotta un concetto ampio di inquinamento atmosferico, con la conseguenza della sottoposizione alla disciplina normativa di tutte le attività degli impianti destinati alla produzione, al commercio, all'artigianato, ai servizi, da cui derivi anche soltanto uno degli effetti contemplati: alterazione delle normali condizioni ambientali, alterazione della salubrità, pericolo o danno alla salute, alterazione di risorse biologiche ed ecosistemi, pregiudizio di usi legittimi da parte di terzi. Pertanto, per aversi inquinamento atmosferico, non è necessario il pericolo di danno alla salute dell'uomo, per la presenza di sostanze inquinanti o tossiche o nocive, ma è sufficiente che l'alterazione dell'atmosfera incida negativamente sui beni naturali o anche semplicemente sull'uso di essi.

Va, infine, ricordato il più recente intervento legislativo in termini sanzionatori nell'ambito dell'inquinamento atmosferico. Con la legge 28 dicembre 1993, n. 549 sono state adottate «misure a tutela dell'ozono stratosferico e dell'ambiente» (17). La legge ha lo scopo di favorire la cessazione

---

(16) Si vedano, in proposito, Cass., 5.9.1991, in Giust. Pen., 1992, II, 80; Cass., 18.3.1992, in Giust. Pen., 1992, II, 546; Cass., 2.7.1992, in Giust. Pen., 1993, II, 228. Nello stesso senso si sono pronunciati anche i giudici di merito: v., per tutti, Pret. Terni, 21.9.1989, in *Riv.* Pen., 1990, 58.

(17) La legge in questione dispone in conformità ad una seria di atti normativi sovranazionali: in *primis*, la Convenzione per la protezione dello strato di ozono, adottata a Vienna il 22 marzo 1985 e resa esecutiva con legge 4 luglio 1988, n. 277,

dell'impiego delle sostanza lesive dell'ozono stratosferico e dannose per l'ambiente, nonché di disciplinare le fasi di raccolta, riciclo e smaltimento di tali sostanze. In vista di tale obiettivo, l'art. 3, comma 7 vieta e punisce la produzione, l'utilizzazione, la commercializzazione, l'importazione e l'esportazione delle sostanze inquinanti o nocive indicate in un'apposita tabella. La pena prevista è quella dell'arresto fino a due anni e dell'ammenda fino al triplo del valore delle sostanze utilizzate, importate o commercializzate (si tratta, quindi, ancora una volta di una contravvenzione e non di un delitto); nei casi più gravi, si applica anche la pena accessoria (o sanzione amministrativa?) della revoca dell'autorizzazione o della licenza in base alla quale viene svolta l'attività costituente illecito. Tale disciplina è rimasta invariata anche dopo l'entrata in vigore della recentissima legge 16 giugno 1997, n. 179 che, pure, ha recato modifiche alla legge 54911993, lasciandone però immutato l'apparato sanzionatorio.

In materia di inquinamento atmosferico, il legislatore italiano prosegue, dunque, decisamente sulla via della *penalizzazione* dei comportamenti ritenuti illeciti, sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale.

5. *Segue: b) i reati in materia di inquinamento idrico*

La strada opposta sembra essere stata imboccata nella strategia di contrasto dei reati ambientali per ciò che concerne l'inquinamento delle acque. Qui, infatti, ad una prima fase in chiave di *penalizzazione* ha fatto seguito un «ripensamento» legislativo, che si è tradotto in una recente *depenalizzazione*.

---

e il Protocollo alla convenzione stessa, adottato a Montreal il 16 settembre 1987, nonché i relativi emendamenti adottati a Londra il 29 giugno 1990 e a Copenaghen il 25 novembre 1992; quindi, la Raccomandazione 89/349/CEE della Commissione, del 13 aprile 1989, concernente la riduzione volontaria dei clorofluorocarburi impiegati nella fabbricazione di aerosol, e la Risoluzione B 3-268/92 del Parlamento europeo, del 12 marzo 1992, sulla protezione della fascia di ozono; infine, il Regolamento n. 594/91/CEE del Consiglio, del 4 marzo 1991, relativo a sostanze che riducono lo strato di ozono, nonché il Regolamento n. 395/92/CEE del Consiglio, del 30 dicembre 1992, che modifica il precedente Regolamento 594191.

Ricordiamo anche la Direttiva 92/72/CEE del Consiglio, del 21 settembre, 1992, sull'inquinamento dell'aria provocato dall'ozono. Sebbene non riferiti specificamente alla materia dell'ozono, ma più in generale alla *problematica* della prevenzione e riduzione *dell'inquinamento* atmosferico (o *dell'inquinamento* tout-court), segnaliamo qui la Direttiva 94/67/CE del Consiglio, del 16 dicembre 1994, sull'incenerimento dei rifiuti pericolosi, il Regolamento n. 1488/94/CE della Commissione, del 28 giugno 1994, che stabilisce i principi per la valutazione dei rischi per l'uomo e per l'ambiente delle sostanze esistenti, la Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento, e la Direttiva 96/62/CE, del 27 settembre 1996, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente.

In questa materia si è registrato in Italia, fin dal primo intervento legislativo, il più compiuto articolato ed organico tentativo di disciplina, per effetto della legge 10 maggio 1976, n. 319: la cosiddetta «legge Merli))(che detta «Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento~). Tale legge regolamenta gli scarichi di qualsiasi tipo in acque, fognature, nel suolo e sottosuolo, stabilendo una differenza fra scarichi nuovi e scarichi già esistenti alla data di entrata in vigore della legge: la differenza è importante, perché solo per i primi è effettivamente operante l'obbligo dell'autorizzazione, mentre per gli altri sono previste eccezioni. Una seconda distinzione presente nella legge è quella tra insediamenti produttivi e insediamenti civili; infine, una terza differenza riguarda il corpo ricettore in cui è immesso lo scarico: acqua, suolo, sottosuolo e pubblica fognatura. Alla legge sono allegate tabelle che, al fine di contenere l'inquinamento delle acque, fissano precisi limiti di accettabilità degli scarichi (18).

---

(18) *La letteratura in merito alla legge Merli (e alla successiva Merli bis)* è *vastissima; limitandoci qui alle indicazioni bibliografiche essenziali, segnaliamo:* ALBAMONTE, *Sistema penale dell'ambiente, cit., p. 235;* AMENDOLA, *La nuova legge sull'inquinamento delle acque, Milano, 1977;* AMENDOLA, *La tutela penale dell'inquinamento idrico, Milano, 1993;* BARBUTO, *I reati in materia di edilizia e di inquinamento, Torino, 1987, p. 283 ss.;* BUTTI, *Inquinamento idrico, Padova, 1993;* CACCIN, *La tutela delle acque dall'inquinamento, Rimini, 1992;* CATENACCI, «*Beni*» *e* «*funzioni*»*, cit.; D'*ANGELO, *La normativa per la tutela delle acque, Milano, 1993;* FRANCHINI, *Legge Merli e codice penale, in Giur. Merito, 1979, p. 632;* GIAMPIETRO F., *La nuova legge sull'inquinamento delle acque e del suolo, Milano, 1981;* GIAMPIETRO F., *Riflessioni sul carattere permanente del reato di mancata autorizzazione allo scarico, in Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1981*, p. 819;* GIAMPIETRO F., *I reati d'inquinamento idrico nel sistema penale modificato, in Cass. Pen.,* 1984, **p.** *1317;* GIAMPIETRO F., *Autorizzazione allo scarico civile e sua disciplina penale nella legge Merli, in Cass. Pen., 1986, p. 369;* GIARDA, *Prelievo, campionamento ed analisi di acque e legge Merli: alcune specificazioni della Corte costituzionale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1990,* **p.** *58;* GIARDA, *Repressione dell'inquinamento idrico: qualcosa sta cambiando con judicio in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994,* **p.** *1098 ss.* LAZZARO, *Tutela delle acque dall'inquinamento, Milano, 1977;* MAZZA, *L'art.* ***23*** *della legge Merli e la depenalizzazione delle contravvenzioni punibili soltanto con l'ammenda, in Giur. merito, 1977, p. 1293;* MUCCIARELLI, *Insediamenti produttivi e insediamenti civili nella normativa sull'inquinamento idrico, in Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1981*, p. 1634;* PAONE, *I reati in materia di inquinamento, Torino, 1993, p. 283 ss.;* PATRONO, *Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente, in Riv. trim. dir. pen. ec.,* 1989*, p. 1019;* VIPIANA, *L'autorizzazione agli scarichi nelle pubbliche fognature nel sistema della legge Merli, in Riv. Giur. Amb., 1992, p. 597. Per una panoramica degli orientamenti giurisprudenziali in materia,* **v.** BARBUTO, *op. loc. cit.;* GIAMPIETRO F., *Divieto di aumento dell'inquinamento: indirizzi giurisprudenziali sull'art. 25, comma primo della legge Merli, in Cass. Pen., 1982, p, 621;* GIAMPIETRO F., *Rassegna critica di giurisprudenza sull'inquinamento delle acque e del suolo, Milano, 1985;* PAONE, *op. loc. cit.*

La legge 319/1976 contiene un apposito titolo dedicato impropriamente alle «sanzioni», nel quale, sono, in realtà, descritte le fattispecie di reato previste. Si tratta sempre di reati contravvenzionali, consistenti nello scarico senza richiesta di autorizzazione (art. 21, comma 1 e 2), nello scarico con superamento dei limiti tabellari (art. 21, comma 3), nello scarico senza rispettare le prescrizioni dell'autorizzazione (art. 22), nello scarico effettuato prima del rilascio dell'autorizzazione (art. 23), nello scarico in violazione di prescrizioni delle regioni o degli altri enti locali (art. 25, comma l), nell'inottemperanza ai prowedimenti dell'autorità sanitaria (punita attraverso l'implicito rinvio all'art. 650 c.p.).

Le sanzioni comminate sono, in quasi tutti i casi, quelle dell'arvesto (da due mesi a due anni) o dell'arnmenda (fino a dieci milioni) in alternativa fra loro, oppure, in un caso, la sola ammenda (fino a cinque milioni) owero, nel più grave caso di superamento dei limiti tabellari (che rappresenta l'unica, vera ipotesi di inquinamento, sia pure nella forma di reato di pericolo) sempre e soltanto con la pena dell'arvesto (da due mesi a due anni), con l'obbligo, in caso di recidiva specifica, di emettere il mandato di cattura (leggasi ora: ordinanza di custodia cautelare).

L'art. 26, comma 2 precisa, anche se non possono sorgere dubbi in proposito, che restano comunque in vigore le disposizioni del codice penale in materia di delitti contro la vita, l'incolumità individuale e pubblica.

Con l'art. 20 della legge 24 dicembre 1979, n. 650 (la cosiddetta legge «Merli *bis*») è stato introdotto l'art. 23 bis, che prevede due nuove contravvenzioni punite entrambe con la pena dell'ammenda (da lire 100.000 a lire un milione): con la prima si puniscono tutti i soggetti (esclusi le imprese fallimentari e i proprietari di fondi obbligati solamente alla denuncia annuale) che provvedono autonomamente e privatamente all'approvvigionamento idrico (da pozzi, corsi d'acqua superficiali, ecc.) i quali non abbiano installato una idonea strumentazione per la misura della portata delle acque prelevate; con la seconda si sanziona il comportamento del titolare dello scarico che non ottempera alle prescrizioni dell'autorità competente di installare strumenti per il controllo automatico degli scarichi potenzialmente pericolosi per la salute pubblica.

L'impianto sanzionatorio della legge Merli e della Merli bis, vale a dire della normativa originaria contro l'inquinamento delle acque, è di tipo esclusivamente penalistico (con l'unica, marginale eccezione della revoca dell'autorizzazione — prowisoria o definitiva — nei casi indicati nell'art. 15, comma 8 e 10, l. 319/1979; è prevista, inoltre, un'ipotesi di decadenza dall'autorizzazione per morosità di oltre un anno nel pagamento della tariffa dovuta: art. 17 ult. comma).

La situazione muta profondamente con l'entrata in vigore della legge 17 maggio 1995, n. 172 (recante «Modifichealla disciplina degli scarichi delle pubbliche fognature e degli insediamenti civili che non recapitano in pubbliche fognature»), che fa segnare una netta inversione di tendenza del legi-

slatore (19). Viene, infatti, depenalizzata la fattispecie dell'art. 22 della legge Merli, che ora è punita con la sanzione amministrativa da due milioni a ventiquattro milioni di lire (prima erano previsti, alternativamente, l'arresto o l'ammenda) (art. 4 l. 17211995). Viene depenalizzato anche il fatto di aprire o effettuare scarichi civili e delle pubbliche fognature senza autorizzazione o di effettuare o mantenere tali scarichi dopo la negazione o la revoca dell'autorizzazione (la sanzione amministrativa va da dieci a cento milioni di lire) (art. 6, comma 2); resta, invece, illecito penale il medesimo fatto se lo scarico proviene da insediamenti produttivi.

Con una disciplina articolata e alquanto complicata viene modificato anche il regime sanzionatorio della fattispecie più grave di inquinamento idrico: quella di scarichi superiori ai limiti di accettabilità stabiliti. L'inosservanza di limiti fissati dalle regioni determina l'applicazione della sanzione amministrativa da tre milioni a trenta milioni di lire. Nel caso di scarichi da insediamenti produttivi eccedenti i limiti indicati dalla legge, ricorre, invece, un'ipotesi di reato contrawenzionale, punito alternativamente con la pena dell'arresto (abbastanza breve: fino ad un anno) o dell'ammenda (viceversa, assai elevata: da quindici a centocinquanta milioni di lire). Non si fa, comunque, distinzione fra scarichi da insediamenti civili o da insediamenti produttivi, e il fatto costituisce in ogni caso reato (contravvenzionale), qualora siano superati i limiti di accettabilità inderogabili relativi ai parametri di natura tossica, persistente e bioaccumulabile: la pena è, ancora una volta, prevista in forma alternativa fra l'arresto (da due mesi a due anni) e l'ammenda (davvero cospicua: da venticinque a duecentocinquanta milioni di lire). In tutti i casi (previsti nell'art. 3 l. 17211995) la condanna comporta l'applicazione della pena accessoria della «incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione», introdotta con la recente normativa. Si può constatare, quindi, parallelamente al processo di depenalizzazione, la contestuale tendenza ad un considerevole incremento della sanzione pecuniaria, sia di quella di natura amministrativa sia dell'amrnenda, per i fatti che costituiscono reato. Questa valorizzazione, sia qualitativa sia quantitativa, della sanzione pecuniaria, da un lato, è una chiara indicazione di tendenza dell'opzione legislativa, nel senso della progressiva «monetizzazione» del diritto penale ambientale; dall'altro, non vale, però, a compensare lo scarto verso il basso della tutela dell'ambiente (almeno per ciò che concerne le acque). Con l'art. 3 della legge 172/1995, pur introdu-

---

(19) Sulla nuova normativa in materia di inquinamento idrico, v. AMENDOLA, Cassazione d'assalto e legge Merli *riformata,* in Dir. pen. e proc., 1995, p. 1273; AMENDOLA, La nuova legge Merli al vaglio della Corte costituzionale: unoccasione perduta, in Dir. pen. e proc., 1996, p. 1537; AMENDOLA, La tutela penale dall'inquinamento idrico, III ed., Milano, 1996; VALLOTTA, Legge *Merli:* le principali *modificazioni* apportate dalla legge n. 172 del 1995, in Dir. pen. e proc., 1996, p. 1371; VIPIANA, Inquinamento idrico. La *riforma* della legge Merli, Torino, 1996.

cendosi contemporaneamente una assai elevata pena pecuniaria, è stata, anzitutto assai ridimensionata la severità dell'unica vera (e grave) ipotesi di inquinamento idrico prevista dalla legge Merli: la effettuazione di uno scarico (inteso in senso generale e senza distinzioni) che superi i limiti di accettabilità tabellari. Questa fattispecie, prima configurata in termini unitari, viene ora frantumata — come si è visto — in una serie di ipotesi diverse, a seconda della natura dello scarico e della qualità della sostanza inquinante. In ogni caso, anche per l'ipotesi più grave (quella di scarico oltre i limiti secondo i parametri di tossicità) *non* viene più prevista la *soia* sanzione dell'arresto, ma tale pena è posta in alternativa all'ammenda. La conseguenza principale e più significativa di tale mutamento è che viene resa con ciò possibile l'estinzione del reato mediante l'istituto dell'oblazione. Può, quindi, ben parlarsi di una «progressiva monetizzazione» del diritto penale ambientale e di un visibile «abbassamento della guardia» del legislatore nella tutela dei beni ambientali. Se al legislatore si può concedere il beneficio del dubbio di una oculata scelta di politica criminale, all'interprete va riconosciuto il diritto di porre l'interrogativo se questo tipo di legislazione ambientale abbia davvero come obiettivo principale la tutela dell'ambiente([20]).

([20]) Tanto più se, a causa della sciagurata prassi della decretazione normativa («sublimata» nel caso dell'approdo alla legge 17211995) si producono effetti applicativi paradossali e nefasti (proprio per la tutela del bene assunto ad oggetto della protezione) come quelli cui è pervenuta la Corte di cassazione quando ha affermato che uno dei decreti-legge in cui si è articolato il pletorico iter di riforma della legge Merli, nel suo breve periodo di vigenza, aveva comunque depenalizzato uno dei fatti prima previsti come contravvenzione e, pertanto, gli imputati avendo commesso il fatto sotto la temporanea vigenza del decreto-legge, non potevano essere assoggettati ad alcuna sanzione penale. Peraltro, gli stessi imputati non potevano nemmeno essere sottoposti a sanzioni amministrative, alla luce del principio di legalità dell'illecito amministrativo: con l'ineffabile risultato finale dell'impunità degli autori dell'illecito (v. Cass., 21.9.1996, in St. Juris, 1996, 1417).

Non è questa la sede per esaminare, anche solo superficialmente, il complesso e controverso tema dei rapporti fra legge penale e decreti-legge non convertiti (in argomento, v., di recente: PAGLIARO, Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto legge ancora non convertito, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, p. 12; STRANO LIGATO, *Irretroattività della* legge penale e decadenza ex nunc del decreto legge, in Riv. *trim.* dir. pen. ec., 1995, p. 665; DELL'ANNO, Reiterazione dei decreti legge non convertiti e successione di leggi, in Cass. Pen., 1995, p. 1522), ma non può non suscitare un certo sconcerto la conclusione che, nel ciclico e perverso pendolarismo fra decreto legge, sua decadenza, ritorno in vigenza della legge, reiterazione del decreto legge, un fatto previsto comunque come illecito (amministrativo o penale) da ognuna delle normative periodicamente in vigore finisce col restare, in concreto, privo di sanzione.

Questo esito non è certo, ma, nella complessità dei rapporti successori fra norme, sicuramente possibile, ed una giurisprudenza in questo caso permissiva (nel suo continuo e sconcertante oscillare fra rigore penalistico e flessibilità sanzionatoria, in materia ambientale) è certamente — sia pur discutibilmente — legittimata a proporlo.

6. Segue: c) i reati in materia di smaltimento dei rifiuti

Dello smaltimento dei rifiuti urbani, speciali, tossici e nocivi si occupava fondamentalmente il d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, che sanciva un generale <<divieto di abbandono, di scarico e di deposito incontrollato di rifiuti in aree pubbliche e private soggette ad un uso pubblico» e altresì «nelle acque pubbliche e private))(art. 9). Il d.P.R. 915/1982, diversamente dai provvedimenti normativi in materia di inquinamento idrico, delineava un sistema di sanzioni di carattere quasi esclusivamente penale (artt. 24-30). Inoltre, nella maggior parte delle disposizioni penali, fatta qualche eccezione, il trattamento sanzionatorio comprendeva l'applicazione sia dell'arresto che dell'ammenda, mentre finora si era constatata l'alternatività dell'una o dell'altra sanzione come regola generale di disciplina dei reati ambientali. L'opzione legislativa è, quindi, dichiaratamente di stampo penalistico, nonostante le direttive comunitarie recepite con il d.P.R. 915/1982 (la 75/319/CEE, la 75/442/CEE e la 76/403/CEE) non vincolassero i legislatori nazionali a fare ricorso alla sanzione penale, e la legge delega 421/1982 fissasse in modo generico i canoni relativi alla scelta del regime sanzionatorio.

Dopo la «vergognosa» ([21]) e a stento credibile sequela di *diciotto* decreti legge, una legge ponte e innumerevoli modifiche, è entrato in vigore, dal 2 marzo 1997, il decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (il c.d. «decreto Ronchi», dal nome del ministro estensore), che reca <<Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio)).

Oltre a recepire le menzionate direttive europee, il d. leg.vo 22/1997 abroga buona parte della normativa preesistente in materia e, specificamente ed espressamente, il d.P.R. 915/1982. Esso vuole così riassettare un quadro normativo che aveva il suo nucleo costitutivo proprio nel d.P.R. 915/1982, ma che, a causa del successivo susseguirsi occasionale e caotico (perciò scoordinato e frammentario) di leggi, decreti legge e decreti ministeriali, a partire dal 1987 ad oggi, aveva finito col divenire quasi incom-

---

Fra l'altro, nella stessa decisione, sempre in termini di «ammorbidimento» della risposta sanzionatoria all'illecito ambientale, la Corte chiarisce che la intervenuta depenalizzazione si riferisce a tutti gli scarichi civili e fognari, nuovi o esistenti, da chiunque aperti o comunque effettuati. In relazione agli scarichi fognari, il Collegio puntualizza, altresì, la irrilevanza della presenza o meno di un impianto pubblico di depurazione, in quanto la nuova lettera della legge avrebbe esplicitamente accolto una nozione autonoma di sistema di fognatura. Ne consegue che l'effetto depenalizzante prodotto dall'art. 6, l. 172/1995 riguardo agli scarichi fognari si estende a tutte le pubbliche fognature, a prescindere dalla circostanza che esse siano o meno servite da impianti pubblici di depurazione.

([21]) AMENDOLA, *Il d. Leg. N. 22 del 1997* sui rifiuti: primi appunti, in Foro it., 1997, V, cc. 106, 110.

prensibile e inapplicabile (22). Il modo di produzione era il palese e migliore sintomo della mancanza di una qualunque strategia nella disciplina di settore, che non fosse quella della emergenza di fronteggiare, di volta in volta, specifiche e urgenti situazioni di rischio (o di danno) ambientale.

Il d. leg.vo 22/1997 sembra, invece, ispirarsi ad una sua propria «politica ambientale», proponendosi l'obiettivo prioritario e di fondo di incentivare la prevenzione della produzione e il recupero dei rifiuti, contrastando la tendenza consolidata a risolvere il problema della gestione dei rifiuti concentrando l'attenzione e l'intervento quasi esclusivamente sul momento finale dello smaltimento, secondo la riduttiva e semplicistica «filosofia»del d.P.R. 915/1982. Il nuovo decreto privilegia, invece, la gestione globale dei rifiuti, comprensiva della raccolta, del trasporto, del recupero e, infine, dello smaltimento, al fine dichiarato di prevenire la formazione e incentivare il più possibile il recupero dei rifiuti (anche per ricavarne energia); in questa prospettiva, lo smaltimento viene ridotto dall'art. 5a «fase residuale della gestione dei rifiuti». Conseguentemente, le discariche, considerate sino ad oggi la prevalente forma di eliminazione dei rifiuti, vengono ora fortemente penalizzate a favore di impianti di recupero e, in particolare, di inceneritori. Dal 1° gennaio 2000 sarà consentito smaltire in discarica solo rifiuti inerti o residuali da operazioni di riciclaggio, recupero e smaltimento, mentre dal 1° gennaio 1999 la realizzazione e la gestione dei nuovi impianti di incenerimento potrà essere autorizzata solamente se vi sarà recupero energetico.

Per quanto concerne, specificamente, il sistema sanzionatorio, nelle sue linee generali e nella configurazione d'assieme, non appaiono significative novità rispetto ai caratteri di fondo delle altre discipline di settore e sembra confermarsi (anche se, forse, in maniera meno vistosa), con riferimento alla materia dei rifiuti, la stessa tendenza alla depenalizzazione già ampiamente manifestatasi nella c.d. legge Merli bis sull'inquinamento idrico. Il quadro si compone sia di pene vere e proprie (con un trend al ribasso rispetto all'apparato sanzionatorio del d.P.R. 915/1982) sia di sanzioni amministrative; le prime conseguono ad illeciti concepiti in termini di pericolo presunto come mere inosservanze formali, incentrate sul provvedimento di autorizzazione e sulla violazione delle relative prescrizioni nonché sulla inottemperanza agli ordini o ai divieti della pubblica amministrazione o di previsioni dello stesso decreto. Ancora una volta, intervenendo su un singolo settore, il legislatore ha perso l'occasione di configurare, come invece

(22) Un elenco di questa «esemplare»produzione normativa si può rinvenire in SABEONE, Il decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 e la nuova disciplina in tema di rifiuti, rifiuti pericolosi, imballaggi e rifiuti di imballaggio, in Doc. giustizia, 1997, p. 1653, nota 2; il testo delle fonti è reperibile in POSTIGLIONE, Codice *dell'ambiente,* cit., p. 1215 ss.

sarebbe possibile in una legge generale anti-inquinamento, reati ambientali in senso stretto (di danno o di pericolo concreto), distinti da (talora irrinunciabili) fattispecie formali (di pericolo presunto) in funzione di anticipazione della tutela e da illeciti amministrativi, la cui configurazione potrebbe essere demandata alle specifiche normative di settore.

Dal campo di applicazione della nuova normativa sono escluse le attività di gestione relative a numerose (assai di più rispetto a quanto statuito in sede comunitaria) tipologie di rifiuti, come, ad es., gli effluenti gassosi, i rifiuti radioattivi, i materiali esplosivi, i rifiuti da risorse minerarie (art. 8). Rimangono fuori dalle previsioni del decreto Ronchi, in quanto già disciplinate dalle specifiche disposizioni della legge Merli (con tutte le sue varie modificazioni), le acque di scarico e i rifiuti allo stato liquido. Vengono, inoltre, «fatte salve disposizioni specifiche particolari o complementari, conformi ai principi del ... decreto, adottate in attuazione di direttive comunitarie che disciplinano la gestione di determinate categorie di rifiuti» (art. 1), come, ad es., quelle del d.leg.vo 95/1992 sugli olii usati. Disposizioni particolari — sovente soltanto precettive — vengono dettate per i veicoli a motore e i centri di raccolta per la demolizione, per i beni durevoli (art. 44) e per i rifiuti sanitari (art. 45).

Rispetto alle disposizioni della legge Merli, quelle del d.leg.vo 2211997 contengono previsioni incriminatrici di «più ampio spettro»([23]) e con pene tendenzialmente più severe, in quanto più frequente è il ricorso alla pena detentiva congiuntamente a quella pecuniaria e meno ampio lo spettro della depenalizzazione; manca, inoltre, nell'ultimo intervento legislativo, la distinzione fra precetti e sanzioni per le attività esistenti e per quelle nuove rispetto alla data di entrata in vigore della legge. Nel complesso, quindi, il sistema sanzionatorio del decreto Ronchi appare abbastanza disomogeneo rispetto a quello vigente in altri settori dell'inquinamento ambientale, con possibili e deprecabili disparità di trattamento fra gli operatori dei diversi cornparti di tutela dell'ambiente([24]).

I1 giudizio finora espresso in dottrina sul complesso delle norme che prevedono obblighi, divieti e relative sanzioni è unanime e sconsolante nella sua perentorietà (per non dire brutalità): «si tratta di un testo farraginoso, complicato, non coordinato, e ... ben poco operativo»([25]); «il sistema sanzionatorio: repressivo, confuso e scoordinato» ([26]). Le disposizioni «ri-

---

([23]) AMENDOLA, *Il d.leg.vo n. 22 del 1997 sui rifiuti,* cit., c. *11*1.

([24]) Si veda GIAMPIETRO F. , *op. loc. ult. cit.*

([25]) AMENDOLA, *Le nuove norme penali sui rifiuti. Il commento,* in *Dir. pen. e proc.,* 1997, p. 287.

([26]) GIAMPIETRO F., *op. loc. ult. cit.*

velano carenze, imprecisioni e sciatteria>>i] che è tanto più grave in quanto proprio queste, più di ogni altra, per la loro natura sanzionatoria, dovrebbero essere chiare, semplici ed adeguate*([27]).

Viene ancora stabilito (pur se con qualche modifica rispetto all'art. 9 d.P.R. 915/1982) il divieto generale di abbandono, di deposito incontrollato sul suolo e nel suolo e di immissione nelle acque superficiali e sotterranee di rifiuti (art. 14, comma 1 e 2), fatti salvi gli scarichi consentiti dalla legge Merli ([28]). La disciplina sanzionatoria dell'inosservanza risulta ora modificata e diversificata, a seconda che il contravventore sia un privato owero un titolare di impresa o responsabile di ente: nel primo caso (nonostante l'intrinseco e sostanziale contenuto «ambientale» dell'offesa), la sanzione resta ancora amministrativa (art. 50, comma 1); nel secondo, il fatto diventa reato contravvenzionale, ed è punito con pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, mentre entrambe le pena vengono applicate congiuntamente nell'ipotesi aggravata che si tratti di rifiuti pericolosi (art. 51, comma 2).

Assai articolata risulta la disciplina dettata per la inottemperanza delle procedure previste per la bonifica e la rimessione in pristino, in caso di violazione del divieto di abbandono. In tutti i casi è comminata la pena dell'arresto fino ad un anno (art. 50, comma 2). Viene anche precisato (pur se non necessario, data la natura contrawenzionale del reato) che ai fini, della responsabilità è indifferente che la «violazione sia imputabile a titolo di dolo o a titolo di colpa» (art. 14, comma 3). Il comma 2 dell'art. 50, pur apprezzabile per il dettaglio nella disciplina (rectius: nei rinvii), finisce poi — discutibilmente — con l'accomunare ipotesi illecite assai diversificate tra loro, unificandole ai fini della pena, sempre e comunque detentiva. Fra l'altro, tra le norme richiamate vi è l'art. 17 (che sancisce l'obbligo generale di <<bonifica ripristino ambientale dei siti inquinati»), articolato in ben 15 comma, di ardua comprensione anche per il difficile coordinamento con le altre leggi di tutela ambientale ([29]).

Un altro divieto generale è contenuto nell'art. 9, comma 1, ai sensi del quale è vietato miscelare categorie diverse di rifiuti pericolosi owero rifiuti pericolosi con rifiuti non pericolosi; contestualmente, in caso di avvenuta miscelazione, il comma 3 introduce l'obbligo, per l'autore del fatto, di procedere a sue spese alla separazione dei rifiuti miscelati. In caso sia di violazione del divieto sia di inadempimento dell'obbligo si applicano congiunta-

---

([27]) AMENDOLA, *op. loc. ult. cit.*

([28]) In proposito, va rilevata la mancanza di qualsiasi linea di coordinamento sia con la legge Merli sia con il d.leg.vo 132/1992 sugli scarichi nelle acque sotterranee.

([29]) In argomento, v., CAPRIA, *La nuova disciplina del decreto legislativo n. 22/1997 sulla bonifica dei siti contaminati,* in *Riv. Giur. Amb.,* 1997, p. 427.

mente la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e dell'ammenda da cinque a cinquanta milioni (art. 51, comma 5). E qui il nostro legislatore (e non è nemmeno il caso di tirare in ballo la tecnica normativa) si è dawero superato e ha dato il meglio di sé , «dimenticandosi» che nell'articolo precedente (art. 50, comma 2) aveva previsto per lo stesso fatto di inosservanza dell'obbligo di separazione di rifiuti (attraverso il rinvio all'art. 9, comma 3) la diversa pena dell'arresto fino ad un anno.

L'art. 51, comma 1 (per i rifiuti prodotti da terzi) e comma 2 (per i rifiuti propri), prevede la stessa sanzione penale (che subisce un inasprimento nel caso di rifiuti pericolosi) allorché le attività di raccolta, intermediazione (comma 1) e gestione (comma 2) vengano svolte in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli artt. 27, 28, 29, 30, 31, 32 e 33. Nell'ipotesi del comma 2 vengono tipizzate anche le condotte di abbandono o di deposito incontrollato owero di immissione in acque superficiali o sotterranee dei propri rifiuti, in violazione del divieto di cui all'art. 14, comma 1 e 2. Anche la formulazione di queste norme è generica, approssimativa e imprecisa. Intanto, a parità di sanzione (penale: arresto o ammenda nell'ipotesi semplice; arresto e ammenda nel caso di rifiuti pericolosi), non si comprende la differenziazione (parziale) delle condotte che, inoltre, non coincidono nemmeno esattamente con quelle delle norme-precetto cui è fatto rinvio, con tutte le difficoltà di interpretazione che ne conseguono. vengono, poi, genericamente accomunate le ipotesi di assenza di autorizzazione e quelle di assenza di comunicazione e di iscrizione, previste per le procedure semplificate in luogo dell'autorizzazione. Anche nel contesto di questa fattispecie incriminatrice non manca una vera «perla» legislativa: l'art. 51, comma 1, nel punire lo smaltimento di rifiuti prodotti da terzi in assenza di quanto prescritto, richiama fra gli altri, l'art. 32 che, però, disciplina le condizioni per l'autosmaltimento; si finisce, così, con il punire, se manca la iscrizione richiesta, *l'autosmaltimento* di rifiuti prodotti da terzi ([30]).

La sanzione più severa è comminata (art. 51, comma 3) a carico di chi realizza o gestisce una discarica non autorizzata, che viene punito con l'arresto da sei mesi a due anni e l'ammenda da cinque a cinquanta milioni, e con *l'arresto* da uno a tre anni e l'ammenda da dieci a cento milioni, se la discarica è destinata, anche solo in parte, allo smaltimento di rifiuti pericolosi. Alla condanna consegue la confisca dell'area su cui è realizzata la discarica abusiva.

Sanzioni ridotte della metà, ma sempre di natura penale, sono previste nelle ipotesi di inosservanza delle prescrizioni contenute o richiamate nelle autorizzazioni nonché nelle ipotesi di inosservanza dei requisiti e delle condizioni richiesti dalle iscrizioni o comunicazioni (art. 51, comma 4), da una

([30]) Cfr. AMENDOLA, Le nuove *norme* penali sui *rifiuti*, cit. p. 290 s.

norma (in bianco) talmente generica da lasciare facilmente prevedere grosse difficoltà in sede applicativa.

Nell'ultimo comma (il sesto) l'art. 51 punisce chi effettua il deposito temporaneo presso il luogo di produzione di rifiuti sanitari pericolosi, senza rispettare le condizioni o superando il termine massimo consentito (cinque giorni) indicati nell'art. 45. Il fatto costituisce reato ed è punito con la pena alternativa dell'*arresto* o dell'ammenda, suscitando perplessità, in quanto si tratta di rifiuti di per sé pericolosi, e inoltre la inosservanza che costituisce l'essenza dell'illecito (a parte la durata oltre il limite consentito) consiste nell'avere effettuato il deposito in condizioni tali da causare «alterazioni che comportino rischi per la salute». Considerata la particolare gravità del fatto, in termini di offensività, sarebbe parsa più appropriata la previsione congiunta di pena detentiva e pena pecuniaria, che avrebbe fatto da sbarramento alla possibilità di oblazione. Invece, l'illecito degrada addirittura ad illecito amministrativo, quando il quantitativo dei rifiuti depositati non supera i duecento litri: considerato che la intrinseca pericolosità del rifiuto e i rischi connessi alle indebite modalità con cui viene effettuato il deposito non sono direttamente proporzionali alla quantità, sarebbe stato più opportuno conservare natura penale a questa ipotesi, attenuandone gli effetti sanzionatori, con la previsione alternativa dell'arresto o dell'ammenda ([31]).

Restano sanzionati, ma solo in via amministrativa (anche in caso di rifiuti pericolosi) gli obblighi della comunicazione annuale e del registro di carico e scarico (art. 52, comma 1 e 2) a carico delle imprese che producono o comunque gestiscono i rifiuti. La disciplina, nel complesso, desta perplessità, sia per la limitazione degli obblighi solo in relazione a taluni rifiuti sia per le omissioni nella previsione delle possibili condotte illecite e la confusione nel rinvio alle norme precettive ([32]).

Permane altresì, anche nel d.leg.vo 22/1997, l'obbligo del formulario di identificazione dei rifiuti durante il trasporto, la cui inosservanza (mancanza, incompletezza, inesattezza del formulario) è punita con sanzione amministrativa (art. 52, comma 3). Tuttavia, in caso di trasporto di rifiuti pericolosi «si applica la pena di cui all'art. 483 del codice penale», ossia la reclusione sino a due anni, prevista dalla norma incriminatrice richiamata per il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico. La norma, per la sua formulazione, pone l'interrogativo se il rinvio all'art. 483 c.p. debba intendersi solo quoad poenam, che pertanto dovrebbe applicarsi al precetto dell'art. 52, comma 3, considerato nella sua interezza come riferito sia all'assenza del formulario sia all'indicazione nello stesso di dati inesatti o incompleti; ovvero se il rinvio concerna l'art. 483 c.p. anche nel

([31]) Per altri tipi di rilievi, v. GIAMPIETRO P., La gestione dei rifiuti sanitari nel decreto legislativo n. *22/1997,* in Riv. Giur. *Amb.,* 1997, p. 497.

([32]) *Amplius,* in proposito, AMENDOLA, op. *ult.* cit., p. 289.

suo portato precettivo, e quindi riguardi solo il caso di inesattezze tali da configurare un vero e proprio falso (33). Considerato che, allorché si tratta di inesattezze solo formali, si applica una ridotta e modesta sanzione amministrativa pecuniaria (art. 52, comma 4), si propende per la seconda soluzione (34). Dal momento che la *ratio* dell'aggravamento del regime sanzionatorio va individuata nella pericolosità del rifiuto trasportato e non nella particolare modalità dell'inosservanza, riteniamo invece che il rinvio all'art. 483 c.p. debba intendersi operato quoad poenam e, quindi, con riferimento a tutte le condotte tipizzate nell'art. 52, comma 3 (35). La natura della pena prevista (la reclusione) lascia intendere che il fatto va considerato come delitto (l'unico di tutto il decreto Ronchi: il che ne accentua l'anomalia, visto che non si tratta certo dell'ipotesi più grave), e pertanto, ex art. 42, comma 2 c.p., sarà punibile soltanto se realizzato con dolo.

L'art. 53 d.leg.vo 2211997, infine, prevede e punisce il traffico illecito di rifiuti. La norma incriminatrice appare costruita secondo una «tecnica» (se vogliamo scomodare questo termine) legislativa alquanto discutibile e rudimentale. Viene punito chiunque effettua spedizioni di rifiuti in modo da integrare il «traffico illecito», così come definito dall'art. 26 del Regolamento CEE 259193 del Consiglio. Il precetto penale è costituito, quindi, dalle previsioni della disposizione comunitaria, articolata a sua volta in una serie di fattispecie disparate e di complessa lettura per i rinvii operati anche nel suo contesto. La normativa comunitaria, inoltre, è destinata a regolare in via amministrativa il traffico illecito, mentre ora viene trasformata integralmente e «supinamente» in disciplina penale, con una «trasfigurazione abnorme» (36), che solleva più di un dubbio sulla conformità della fattispecie penale al principio di determinatezza. Anche sotto il profilo sanzionatorio, l'art. 53 appare censurabile: punendo il fatto con la pena dell'ammenda (da tre a cinquanta milioni) e dell'*arresto* (fino a due anni) lo si configura in termini contrawenzionali, mentre, considerata la gravità e la pericolosità del comportamento illecito (37), sarebbe stata congrua la configurazione di una fattispecie delittuosa (38).

---

(33) L'art. 483 c.p. punisce chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.

(34) AMENDOLA, *op. ult. cit.*, p. 290.

(35) Sembra pervenire, pregiudizialmente, alla stessa conclusione PRATI, *La responsabilità del detentore dei rifiuti per il corretto smaltimento nel decreto legislativo n. 22/1997*, in *Riv. Giur. Amb.*, pp. 419, 423.

(36) GIAMPIETRO F., *Il decreto legislativo*, cit., p. 850.

(37) E facile ipotizzare anche un coinvolgimento nei traffici della criminalità organizzata.

(38) L'art. 53 d.leg.vo 22/1997 prevede, invece, soltanto che «*la pena* è *aumentata* in caso di spedizione di rifiuti pericolosi» e che alla sentenza di condanna consegue la *confisca obbligatoria* del mezzo di trasporto. In argomento cfr. AMENDOLA G., *Le nuove sanzioni in materia di rifiuti: primi dubbi di costituzionalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 761 ss.

Va ricordato anche il disposto dell'art. 55, comma 3, secondo cui per i procedimenti penali pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, l'autorità giudiziaria, se non deve pronunciare decreto di archiviazione o sentenza di proscioglimento, dispone la trasmissione degli atti alla Provincia o al Comune ai fini della applicazione della sanzione amministrativa. In assenza di siffatta disposizione, si sarebbe dovuto applicare il principio secondo cui, qualora una violazione venga trasformata da illecito penale a illecito amministrativo, ai casi pendenti non va applicata alcuna sanzione, né penale né amministrativa (39).

Riusciamo soltanto a segnalare, in questa sede, che, a riprova delle denunciate carenze tecnico-operative del decreto Ronchi, è stato recentissimamente approvato il decreto legislativo 8 novembre 1997, n. 389, recante «*Modifiche* ed *integrazioni al* decreto legislativo *5* febbraio 1997, n. *22*», con cui viene, fra l'altro, parzialmente rivisto il sistema sanzionatorio originario. In termini di grande approssimazione, si può dire che il nuovissimo decreto, per un verso, appesantisce alcune sanzioni e prevede nuove violazioni, mentre, d'altro canto, prosegue sulla strada della depenalizzazione e alleggerisce il carico sanzionatorio per taluni illeciti amministrativi già contemplati. Continua, quindi, anche nel c.d. «decreto Ronchi bis», «il pendolarismo sanzionatorio» tipico di tutta la legislazione ambientale, anche se in quest'ultimo caso — pare — con maggiore oculatezza.

7. *Il* problema dell'oblazione. La sospensione condizionale della pena

I più recenti interventi legislativi evidenziano la linea di tendenza del legislatore a scegliere la sanzione amministrativa come strumento di contrasto della «criminalità»ambientale e di tutela del bene-ambiente e/o della funzione pubblica ad esso collegata.

Per quanto riguarda la disciplina penale, il quadro che abbiamo cercato di tracciare si qui dimostra un altro dato inequivocabile: l'utilizzo pressoché generalizzato e «trasversale» a tutti i settori dell'inquinamento della pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Ciò si traduce nella principale conseguenza per cui alla stragrande maggioranza dei reati ambientali è applicabile l'istituto dell'oblazione, cosiddetta «speciale» o «facoltativa», prevista dall'art. 162 bis c.p. , introdotto con la legge 689/1981. Ai sensi di tale disposizione, nelle contravvenzioni per le quali la legge stabilisce la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, il contravventore può essere ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento owero prima del

(39) Cfr. Cass., s.u., 27.6.1994, citata da AMENDOLA, *op. ult. cit.*, p. 291. *In* argomento, v. ALZETTA-BATTARINO, *La disciplina transitoria degli illeciti depenalizzati nell'art. 55 del decreto legislativo n. 22/1997,* in *Riv. Giur. Amb.,* 1997, p. 527.

decreto penale di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla legge, oltre alle spese del procedimento. La oblazione presuppone che siano state eliminate da parte del reo le conseguenze dannose o pericolose; in ogni caso, l'oblazione è rimessa al potere discrezionale del giudice, che può sempre respingere la domanda in considerazione della gravità del fatto. Il pagamento delle somme indicate produce l'effetto di estinguere il reato e quindi anche le pene accessorie.

Si tratta, dunque, di uno strumento che incide profondamente sull'efficacia generalpreventiva della sanzione, attenuando assai la tutela al bene protetto astrattamente offerta dalla minaccia della pena detentiva. Sotto il profilo specialpreventivo, va, inoltre, sottolineato l'effetto estintivo del reato connesso al pagamento della metà dell'ammenda in astratto comminata dalla legge per le singole fattispecie criminose.

Con riferimento ai reati ambientali, ciò significa che pene detentive edittalmente previste fino a due anni possono in concreto venire ridotte al nulla e «convertite»in una somma di denaro, con il «beneficio»ulteriore di non lasciare traccia del reato commesso. Forse proprio in considerazione di questo risultato finale, il legislatore, per contrasto, con la legge 1721 1995, in materia di inquinamento idrico, ha inasprito notevolmente i limiti edittali della pena pecuniaria.

Il «break»o il «*gap*» fra la sanzione astrattamente comminata e la sanzione concretamente applicata non è , peraltro, prerogativa esclusiva del sistema penale, ma trova riscontro anche nell'ambito dell'illecito amministrativo. L'art. 16 della legge 689/1981 prevede, infatti, un istituto analogo all'oblazione nel diritto penale: quello del «pagamento in misura ridotta» della sanzione amministrativa. Anzi, in questo caso, la somma da pagare è addirittura ridotta ad un terzo *del* massimo o al doppio *del* minimo previsto. Nell'orientare eventualmente la scelta verso l'opzione amministrativa piuttosto che quella penale, in materia di inquinamento, occorre dunque considerare anche questa possibile «via di fuga» della sanzione offerta all'autore dell'illecito ambientale.

In conclusione, il processo parallelo di progressiva «monetizzazione» del diritto penale ambientale (con le sempre più ampie possibilità di ricorso all'oblazione) e di sempre più accentuata tendenza alla depenalizzazione fa sorgere seri dubbi sull'adeguatezza sanzionatoria della tutela dell'ambiente in Italia. Anzi, con riferimento all'oblazione (ma il rilievo si estende al pagamento ridotto della sanzione amministrativa) si possono forse invertire i termini del discorso che hanno indotto la dottrina [40] a parlare, in relazione al reato di contrabbando, di «oblazione-ricatto». Nell'ambito dei reati ambientali è l'autore dell'illecito che può assumere un atteggiamento

---

([40]) FLORA, *Contrabbando* doganale, in *Dig. Disc.* Pen., III, Torino, 1989, pp. 124, 134.

«di ricatto))rispetto al bene-ambiente, nel senso che gli viene lasciata una scelta «di convenienza))tra l'adeguamento alle norme a tutela dell'ambiente e la «scappatoia»del semplice pagamento in misura ampiamente ridotta di una sanzione pecuniaria.

Sia la legge 319/1976, sull'inquinamento idrico (art. 24), sia il d.leg.vo 22/1997, sui rifiuti (art. 50), prevedono che la *sospensione condizionale della pena* possa essere subordinata all'adempimento di specifiche prescrizioni imposte dall'autorità giudiziaria con l'ausilio di quella amministrativa.

Si può osservare che, in considerazione dei limiti generali previsti del codice penale (art. 163), la sospensione condizionale in caso di condanna per reati ambientali risulta di più agevole concessione nell'ipotesi di applicazione della pena detentiva (che nelle diverse normative raggiunge il limite massimo di tre anni) piuttosto che in quella di applicazione della pena pecuniaria, che in taluni casi (per es. l. 172/1995) arriva fino a duecentocinquanta milioni di lire, potendo così facilmente superare, in concreto, i limiti massimi consentiti ottenibili attraverso il ragguaglio fra pena pecuniaria e pena detentiva.

Un'attenta valutazione da parte del giudice dei presupposti e delle condizioni sia dell'oblazione (la eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) sia della sospensione condizionale (l'adempimento puntuale di precise e rigorose prescrizioni dell'autorità giudiziaria) potrebbe contribuire a portare ad accettabili livelli di efficienza il controllo penale dei fatti di inquinamento.

Non va, comunque, nemmeno «sopravvalutata» l'efficacia della sospensione «condizionata» anche con riferimento alle ipotesi di condanna per reati in cui si verifichino reali danni per l'ambiente. La prescrizione cui è subordinata la sospensione della pena diventa, infatti, operativa solo quando la sentenza di condanna è passata in giudicato. Ne consegue, perciò, la scarsa efficacia dell'istituto: se l'obbligo di risarcimento ambientale comincia ad essere vincolante nel momento in cui la sentenza è esecutiva, il che può avvenire (e di solito avviene) a distanza anche di molti anni dal momento del fatto, sussiste, intanto, il rischio oggettivo di un aggravamento irreversibile delle condizioni ambientali e vi è, altresì, pericolo che il soggetto, obbligato personalmente ad adempiere, al momento della esecuzione non abbia più la possibilità materiale o giuridica di assolvere alla prescrizione imposta (es. legale rappresentante di un ente pubblico o di una società privata che non ricopre più la stessa funzione).

Data l'inadeguatezza del meccanismo premiale della sospensione condizionale, nella ricerca di più efficaci strumenti di tutela del bene protetto, si possono indicare il sequestro preventivo e/o la confisca dell'immobile in cui si svolge l'attività abusiva o della porzione di terreno in cui awiene lo scarico o lo smaltimento del rifiuto. Un ruolo importante potrebbero avere anche le pene accessorie, la cui potenzialità dissuasiva, in termini specialpreventivi, è stata però assai ridimensionata dalla modifica dell'art. 166 c.p., che ha previsto la possibilità di sospensione condizionale anche delle pene accessorie.

ABSTRACT

Dopo avere illustrato il carattere e i meccanismi operativi delle sanzioni civili ed avere tracciato le linee evolutive della tutela penale dell'ambiente, vengono esaminate le singole e specifiche discipline sanzionatorie di settore, con riferimento ai reati in materia di inquinamento atmosferico, di inquinamento idrico e di inquinamento da rifiuti.

Vengono, infine, affrontati i problemi connessi alla operatività dell'oblazione e all'applicabilità della sospensione condizionale della pena in relazione ai reati ambientali.

After having introduced the charateristics and the operative mechanisms of the civil sanctions and after having marked out the developing lines of the enviromental penal protection, the separate and specific branc h e are examined with reference to crimes concerning enviromental pollution, water pollution and garbage pollution.

Finally the problems connected with the operative cash settlement and the applicability of the reprieve of sentence are faced, with reference to the enviromental crimes.

NOTIZIARIO

Il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA, nell'anno accademico 1996/97, ha promosso e accolto numerosi incontri ed iniziative culturali.

Nel corso di Diritto Penale hanno tenuto una conferenza, rispettivamente, sul tema: *Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale,* il prof. F. Mantovani, ordinario di Diritto Penale nell'università di Firenze; *Fatto scriminante e fatto scriminato,* il prof. *F.* Ramacci, ordinario di Diritto Penale nell'Università di Roma «La Sapienza»; *Concorso di persone nel reato e reati associativi nel sistema penale olandese,* il prof. J. Vervaele, ordinario di Diritto Penale nell'Università di Utrecht.

Il prof. E. Samson, ordinario di Diritto Penale nell'Università di Kiel, ha tenuto un ciclo di lezioni sul tema *Il diritto penale dell'economia in Germania.*

Nei corsi di Storia del Diritto Italiano e Diritto Comune hanno tenuto rispettivamente una lezione: il prof. P. Grossi, ordinario di Diritto Italiano, nell'Università degli Studi di Firenze sul tema *Diritto canonico, diritto comune, diritto medievale;* il prof. M. Fioravanti, ordinario di Storia delle Costituzioni Moderne, nell'Università degli Studi di Firenze, dal titolo *Costituente e cultura costituzionale: la questione della sovranità.*

Nel corso di Diritto del Lavoro il prof. F. Valdés Dal-Ré, dell'Università Complutense di Madrid, ha condotto un corso su *Il diritto sindacale spagnolo;* inoltre, ha effettuato una conferenza sulla politica sociale dell'UE nel quadro dei seminari di aggiornamento del Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee.

Con la collaborazione dell'Associazione Italiana ex alunni della Yale Law School è stato promosso un incontro sul tema *Un problema antico: realtà naturale e condizione giuridica dell'embrione;* hanno parlato il prof. F. D. Busnelli (Scuola Superiore S. Anna, di Pisa), il prof. G. Calabresi (Federal Judge, Yale Law School), il prof. S. Rodotà (Università di Roma «La Sapienza»).

Il Modulo Europeo sulla *Integrazione Europea* ha organizzato, nel corso dell'anno, una serie di lezioni, tenute dal dr. G. Donà, già Capo Divisione al Segretariato Generale della Commissione C.E., sulla *Realizzazione dell'Unione europea. Panoramica generale sulla situazione attuale.*

Hanno inaugurato un ciclo di conferenze i professori: D. Zolo, ordinario di Filosofia del Diritto nell'università di Firenze, su *Quale ordine mondiale?;* G. Battaglini, ordinario di Diritto Internazionale, nell'università di Ferrara, su *La tentazione di un governo del mondo;* G. Ferrara, ordinario di Diritto Costituzionale, nell'università di Roma «La Sapienza», su *Mondializzazione e costituzionalismo;* P. Picone, ordinario di Diritto Internazionale, nell'università di Napoli «Feredico II», su *Valori fondamentali della comunità internazionale e Nazioni Unite.*

Nell'ambito del Dottorato di ricerca in Diritto Romano e metodo compa-

rativo, XII ciclo, l'attività seminariale svolta ha visto la partecipazione dei professori: A. Maffi (Università Statale di Milano), su *Gortina, Atene, Roma;* L. Garofalo (Università di Verona), *Sul ruolo delléxceptio doli generalis nella giurisprudenza attuale*.

Nel corso di Istituzioni di Diritto Romano il prof. A. Corbino, ordinario di Istituzioni di Diritto Romano, nell'Università di Catanzaro, ha tenuto una lezione su *La questione del conubium*.

Nell'ambito dei corsi di Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto sono stati tenuti due seminari, rispettivamente, dal prof. G. Visentini, docente di Teoria generale del diritto e di Diritto commerciale alla Luiss di Roma, su *Analisi dei concetti giuridici fondamentali e studio del diritto positivo;* e dal prof. S. L. Paulson della Washington University di Saint-Louis, Missouri, su *Kelsen's Earliest Legal Theory: Critica1 Constructivism*.

Per celebrare i *Duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa di Diritto Costituzionale*, si è tenuto un Convegno articolato in più sessioni di lavoro. Nella prima giornata, dopo il saluto del Magnifico Rettore, del Preside della Facoltà di Giurisprudenza e delle autorità istituzionali e culturali, ha parlato il Presidente della regione Emilia Romagna P. Siconolfi su *Compagnoni a Ferrara;* la prima sessione, dal titolo «*Dal costituzionalismo alle Costituzioni*» è stata presieduta da E. Gallo, Presidente emerito della Corte Costituzionale, ed introdotta dalla prof. L. Carlassare, dell'università di Ferrara; i lavori sono proseguiti con le relazioni dei professori: L. Paladin, dell'università di Padova, Presidente emerito della Corte Costituzionale, su *Il problema del metodo nella storia costituzionale*, M. Dogliani, dell'università di Torino su *La codificazione costituzionale*. La seconda sessione, dal titolo «*La costituzione e le Corti*», è stata presieduta da R. Piñero Y Bravo Ferrer, Presidente emerito del Tribunale Costituzionale Spagnolo; hanno parlato L. Favoreu, dell'università d'Aix-Marseille, su *Il contributo del Conseil Constitutionnel;* D. Schefold, dell'università di Brema, su *Il contributo del Bundesverfassungsgericht*; F. Sorrentino, dell'università di Roma «La Sapienza», su *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*. La sessione conclusiva del convegno è stata presieduta da E. Cheli, Giudice emerito della Corte Costituzionale; sono intervenuti: V. Onida, Giudice della Corte Costituzionale, sul tema *La Corte e i diritti;* S. Bartole, dell'università di Trieste, su *La Corte e i poteri;* alla chiusura delle relazioni è seguito un dibatto e una relazione conclusiva tenuta da A. Pizzorusso, dell'università di Pisa; si è aperta, infine, presieduta da P. Barile, Presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, una tavola rotonda su *Costituzione e prassi*, alla quale hanno partecipato i prof.ri A. Barbera, F. Bassanini, G. Ferrara, A. Manzella, G. Motzo, G. U. Rescigno, G. Silvestri, S. Galeotti.

Nell'ambito delle iniziative promosse dal CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA si è tenuto 11° ciclo dei *Corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e nella disciplina degli scambi commerciali fra Italia e Germania*, in cui

si sono svolti cicli di lezioni sul tema *La rappresentanza nel diritto tedesco,* tenuti dal prof. Dr. jur. H. J. Sonnenberger, dell'università di Munchen; *La riforma del diritto di famiglia in Germania,* tenuto dal prof. Dr. h.c. E. Jayme, dell'università di Heidelberg; *La cessione del contratto nel diritto tedesco,* tenuto dal prof. Dr. jur. W. Grunsky, dell'università di Bielefeld; *L'impossibilità e la mora nei contratti a prestazioni corrispettive,* tenuto dal prof. Dr.h.c. H. Wieling, dell'università di Trier; *I vizi della volontà nel diritto tedesco,* tenuto dal prof. Dr. jur. K. Siehr, dell'università di Zurich; *La disciplina delle società nel diritto tedesco,* tenuto dal prof. Dr. jur. H. Kronke, dell'università di Heidelberg; *Principi fondamentali del diritto internazionale privato. Giustizia e armonia di giudizio nel diritto internazionale privato,* tenuto dal prof. A. Ganz, dell'università di Heidelberg.

Si segnala, inoltre, il corso tenuto dal prof. Dr. G. Haverkate, dell'Università di Heidelberg, su *La reciprocità nel diritto pubblico tedesco.*

Il Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità europee ha promosso una serie di conferenze sulla *Unione europea e l'Italia;* i relatori e gli argomenti trattati sono stati: P. V. Dastoli, *I negoziati per la modifica dei trattati comunitari; F.* Valdés Dal-Ré, *Il ruolo dei contratti collettivi di lavoro nella UE; G.* Gallizioli, *La politica comunitaria della pesca e l'Italia; C.* d'Aloya, *La politica agricola comunitaria e l'agricoltura italiana.*

Nell'ambito delle attività dell'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, si sono svolte lezioni, incontri e conferenze a cui hanno partecipato sia docenti dell'università di Ferrara, sia di altre università italiane.

Si è costituito nell'a.a. 1996197 un gruppo, formato da studenti di Giurisprudenza, per un'attività di approccio teatrale su testi che riguardino il tema della giustizia. Il gruppo è coordinato dal prof. G. Grippo. Nel corso dell'anno si sono tenuti incontri settimanali durante i quali si è proceduto alla sperimentazione drammaturgica dei seguenti testi: *Corruzione a palazzo di giustizia* di U. Betti; *Apologo «giustizia»* di H. von Hofmansthall; Passi da «l'istruttoria» di P. Weiss; Passi da «*Lo straniero»* di A. Camus. Si è svolta, inoltre, una lezione-spettacolo, sul tema *L'emozione del comunicare,* tenuta da *E.* Montagna, Direttore della scuola di teatro dell'Emilia Romagna.

Nel corso dell'anno si sono, inoltre, tenuti presso le aule del Dipartimento di Scienze Giuridiche numerosi concerti ed incontri musicali, aperti a tutti gli studenti e docenti della Facoltà.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 1996197, vi sono stati 45 studenti in uscita e 34 in entrata.

[Wanda Formigoni Candini]

INDICE

C. FIORAVANTI: *La protezione internazionale dei minori in Europa* pag. 1
E. SAMSON: *I reati economici nell'ordinamento tedesco* ..... pag. 65
F. GIUNTA: *Riflessioni sulla pena di morte* ..... pag. 111
F. GIUNTA: *Dovere di diligenza e regola cautelare nella struttura del delitto colposo* ..... pag. 123
A. BERNARDI: *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare* ..... pag. 145
C. BERNASCONI: *Le tecniche di costruzione delle fattispecie incriminatrici nel diritto penale ambientale italiano* ..... pag. 181
L. CALAFÀ: *Relazioni sindacali in agricoitura: il «Laboratorio» Emilia Romagna* ..... pag. 197
P. FERRETTI: *La restituzione dei 'doni fatti a causa della promessa di matrimonio' in una prospettiva storico-comparatistica* pag. 223
E. MASTELLARI: *Mutamento di fede religiosa e affidamento della prole* ..... pag. 249
G. CASAROLI: *Il sistema sanzionatorio dei reati ambientali: lineamenti* ..... pag. 291
Notiziario ..... pag. 319