Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

GIOVANNI BATTAGLINI

DIRITTI UMANI AUTOTUTELA E INTERVENTI ARMATI (*)

SOMMARIO: 1. "Forza" e diritti umani. — 2. La dimensione verticale: riconoscimenti statali e vaghezza dei diritti umani "deboli". — 3. La tensione fra libertà e autorità ("Gewalt"). Diritti e valori umani "forti". — 4. Inefficacia della globalizzazione per il progresso dei diritti umani e loro "mondializzazione" a parole. — 5. Dimensione orizzontale e tutela funzionale dei diritti umani: tradizione dei "valori" e autotutela nelle relazioni trasversali (internazionali). — 6. Dominio riservato, "international concern" e interventi in autotutela (individuali o collettivi) per i diritti umani. — 7. Il rimedio "naturale" dell'assistenza armata in appoggio alle ONG operative nei paesi in stato di emergenza. — 8. Superamento degli interventi militari di pura assistenza alle ONG nei casi di attacco armato o minaccia di attacco armato nei paesi ospiti.

1. – Alla correlazione concettuale, e insieme operativa, tra "diritti umani" e uso della "forza" corrispondono due pesi e due misure a seconda di due diverse prospettive.

È preponderante, da un lato, il peso d'un uso internazionalmente legittimato della forza e la misura della sua qualità e dei procedimenti diretti a svilupparla legittimamente per sanzionare le più gravi violazioni delle norme umanitarie nelle ipotesi di *genocidio* o ad esso assimilabili: come ai sensi delle

(*) Il testo, qui integrato dalle "note", riproduce nel complesso fedelmente il già detto al. Convegno Nazionale Istruttori di Diritto Umanitario, della CR.I. (Bordighera 13-14-15 ottobre 2000) con la mia Relazione per la Seconda Sessione: "Diritti umani e ingerenza umanitaria". Aveva aperto il Convegno, su di un piano alto, l'Aw. Carlo Russo, già giudice della Corte Europea dei Diritti Umani, con una grande ricostruzione della genesi ed evoluzione della loro tutela internazionale in Europa: tutti coinvolgendo appassionatamente per avere unito alla sua chiara sensibilità giuridica l'agire sui pensieri perché *riflettano* verità eterne (PERCY B. SHELLEY) e il parteciparci con la *"peripezia"* dei suoi ricordi il mutamento improvviso, inatteso dalla non conoscenza alla conoscenza (ARISTOTELE). E di ciò riconoscente gli dedico, ora per allora, queste pagine.

disposizioni convenzionali vigenti da mezzo secolo. In effetti per la Convenzione del 9 dicembre 1948 (1), in vigore dal 12 gennaio 1951 (2), sulla prevenzione e repressione in *primis* del "delitto" di genocidio ha esclusivo rilievo, assorbente di ogni concreta misura, l'iniziativa delle Nazioni Unite per interventi da esse decisi od approvati. La devianza, infatti, dal loro sistema decisionale e operativo, per un iter sottratto alle funzioni riservate in assoluto ai loro organi giusta l'art. VIII della Convenzione e l'art. 2, commi 4 e 7, della Carta delle Nazioni Unite (3), comporterebbe di per sé sola una valutazione negativa degli usi di forza entro i confini di qualunque Stato contro i suoi pretesi "crimini" (4) quando, peraltro, anche una consuetudine introduttiva di tali usi autonomamente organizzati sarebbe comunque "contra Zegem" (5).

Non vi sarebbe cioè, allora, spazio per riflessioni impostate essenzialmente sulla generale protezione dei diritti e/o valori umani secondo le diverse prospettive di una *"extrema ratio"* dell'autotutela individuale o collettiva, proporzionalmente sanzionatoria delle lesioni individuali irreparabili o definitive per fatto e colpa di qualsiasi soggetto di diritto internazionale. Ma, d'altro canto, in tutte queste residue prospettive si giustificherebbe invece la priorità della questione ove un intervento con uso di "forza" finalizzato a una tutela primaria di valori e diritti umani sia giuridicamente possibile: e probabile, oltre che legittimo pure nell'ambito della Organizzazione delle Nazioni Unite direttamente ad opera degli Stati membri che si

---

(1) Le ho riconosciuto un peso determinante per una valutazione dell'affare del Kosovo nella mia *relazione introduttiva* al Seminario della Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Torino, 11 giugno 1999) *"Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite"*, ora in *Diritti Umani e Uso della Forza* Profili di dir. costituzionale interno e internazionale, *a cura di Mario Dogliani Stefano Sicardi* (Atti e Documenti), Torino (Giappichelli Ed.), dicembre 1999, pp.1-16.

(2) E per l'Italia dal 2.9.1952 (GU N.161 del 14.7.1952); v. *Situazione delle Convenzioni Internazionali vigenti per l'Italia al 31 dicembre 1995* (con aggiornamento al 31 maggio 1996), T. II; Roma (Libreria dello Stato) 1996, Conv. N. 167, con l'elenco delle Parti. Testo in Trattati e Convenzioni ONU Vol. 77, p. 952. Per i successivi aggiornamenti ancora il *Tomo 11*, Roma (Libreria dello Stato), ora il 1998: *Convenzioni multilaterali*.

(3) Cfr. la mia relazione *"Usi della forza e diritti umani"* (giugno 1999), cit., pp. 2, 10.

(4) V. United Nations, General Assembly (A/CN. 4/L. 600, 21 August 2000) *State responsibility* ("Draft articles provisionally adopted by the Drafting Committee on second reading"), I. *The Internationally Wrongful Act*, II. *Content of Intern. Responsibility*, III. *The Implementation of State Responsibility*, e la *Part four "Generai Provisions"* con particolare riguardo all'*Art.* 56 *"Lex specialis"*: 'These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or its legal consequences are determined by special rules of international law.'

(5) È precisamente il limite che ho ritenuto (v. *"Usi della forza e diritti umani*, cit., pp. 5s., e nt. 6) doversi porre alla prassi consuetudinaria interpretativa-applicativa dell'art. 2, comma 4, della Carta delle Nazioni Unite, quale è stata menzionata da *"L'Unità"* 9 aprile 1999, p. 4, ultimo cpv. di una *intervista* ad Antonio CASSESE.

assumano in proprio interventi armati senza bisogno di alcun richiamo ad organi internazionali o di una loro autorizzazione (6).

Dunque, anzitutto, viene qui in primo piano la domanda se e quando occorrano interventi adeguati di garanzia da parte di taluni soggetti di diritto internazionale verso un altro, entro quali limiti; per quali diritti umani e in quali rapporti?

2. – Beninteso, a codesto riguardo il punto di partenza è, sempre, la dimensione verticale della soggezione degli "individui" alla *"Gewalt"*: quella che un pensatore tedesco, degli anni trenta ha avuto presente (7) come espressione *letterale* d'un unico significato ove concorrono *autorità-potere* di *governo* e *violenza* (8).

Però, vi sono certamente diritti umani il cui impatto con l'autorità non è — o è meno — appariscente: diritti umani "deboli" nel senso che ci si attende anche dall'angolo visuale dei soggetti di diritto internazionale che vengano normalmente concessi, o via via consentiti entro dati limiti, dalle stesse Posizioni di potere" cui gli individui interessati si appoggiano nell'ordine legale interno; quando, l'autorità li dà, se non altro, formalmente per scontati, indispensabili alla buona armonia delle relazioni sociali, come in varie carte costituzionali dell'era moderna, e in tutti i casi da valorizzare pubblicamente (9). Cosi è della dignità umana quale nozione acclamata già nell'alto

---

(6) V. in *primis* Paolo PICONE, La *"Guerra* del *Kosovo"* e il Diritto Internazionale Generale, in "Rivista di diritto internazionale" Anno LXXXIII Fasc. 2-2000, pp. 343 s., 345, sulla ammissibilità "caso per caso, ma sulla base di alcuni parametri o principi di carattere più generale" di "interventi umanitari in senso stretto unilaterali": e "anche se 'autorizzati' dal Consiglio di sicurezza" (ma non necessariamente) "gestiti in piena indipendenza, rispetto all'ONU, dagli Stati che li hanno in concreto condotti"; "esterni al campo di operatività dell'Organizzazione, e condotti dagli Stati sulla base del diritto internazionale generale".

(7) Walter BENJAMIN, Per la critica della violenza, "Angelus Novus" Saggi e frammenti — A cura di Renato Solmi — Milano (Mondolibri su licenza Einaudi Ed.), 1999, pp. 5 ss., specialmente pp. 7 per "la violenza storicamente riconosciuta (la violenza sancita come potere)", 8 per come "l'ordinamento giuridico tende, in tutti i campi in cui fini di persone singole potrebbero essere ("all'occasione") perseguiti coerentemente con la violenza, a stabilire fini giuridici che possono essere realizzati in questo modo solo dal potere giuridico", 9 sulla "sorprendente possibilità che l'interesse del diritto a monopolizzare la violenza rispetto alla persona singola non si spieghi con l'intenzione di salvaguardare i fini giuridici, ma piuttosto con quella di salvaguardare il diritto stesso", 16 sulla "degenerazione possibile della violenza" come potere "informe", con una presenza "inafferrabile e diffusa per ogni dove, nella vita degli Stati civilizzati", anche nelle democrazie, "per ragioni di sicurezza", 24 e *passim* sulla "Creazione di diritto" quale "creazione di potere, e intanto un atto di immediata manifestazione di violenza".

(8) Cfr. la nt. 1 a Walter BENJAMIN, Per *la* critica della violenza, cit., p. 5.

(9) Statualizzazione dei diritti umani già alla fine del '700 con le Dichiarazioni di alcuni nuovi Stati dopo la rivoluzione americana e quella francese con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, e introduzione dei suoi principi

medioevo, ma necessariamente vaga secondo un generale principio da adattare di volta in volta alle circostanze dei casi singoli, come viene espresso dalla dichiarazione di Carlo il Calvo (dell'843) recepita nel patto fra tre re ([10]): "que dorénavant nous ne priverons personne, quelle que soit sa condition ou sa dignité, de l'honneur auquel il a droit", e che in suo personale favore "nous userons des voies de justice et nous conformerons à la raison et à l'équité".

Addirittura, sotto codesti profili, si potrebbe essere tentati a minimizzare, con Marx ([11]), il problema dei diritti dell'uomo "ripiegato su stesso, sul suo interesse privato e sul suo arbitrio privato", fondato sulla "necessità naturale" di tutti e di ciascuno: quando fra gli individui non v'è altro legame, senza alcun rischio per l'autorità, che "il bisogno e l'interesse privato, la conservazione della loro proprietà e della loro persona egoistica".

Vero è, peraltro, che fra i medesimi diritti umani che si volessero ridurre a pacifica "espressione della società borghese" ([12]), o comunque rinvenire quasi universalmente con il più largo e spontaneo riconoscimento, emergono differenze nei diversi ambienti sociali e queste possono dar luogo a con-

---

"nelle costituzioni dell'Ottocento variamente limitanti il potere dello Stato nei confronti degli individui, e nei codici civili esaltanti la loro autonomia privata", emergono infatti, come punti centrali, dalla Relazione di Carlo GHISALBERTI, I diritti umani nella storia della cultura: "nelle costituzioni del *diciottesimo* e *diciannovesimo* secolo", al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei (Roma, 16-17 novembre 2000) in occasione del cinquantenario della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in onore di Paolo Barile. Cfr., insieme, Lorenza CARLASSARE, Persona, in *"Iter"* (Treccani) — 'scuola cultura società' — Dossier, p. 26, sulla prospettiva del vecchio liberalismo e le sole libertà tradizionali dello "individuo" (unica beneficiaria la classe borghese), anche nei rilievi critici di BOBBIO, N., La persona e *lo* Stato, "Annali della Università di Padova" 1946-47, p. 21, e MORTATI, C., La persona, *lo* stato e le comunità *intermedie*, Torino (ERI), 1959, pp. 28-29, 215.

([10]) V. HALPHEN, L., *Charlemagne* et l'empire carolingien, Paris, 1947 et 1968 (Ed. Albin Michel), pp. 278, 280 in ispecie, 284 ss. Si veda, ora, Stefano RODOTÀ, La Carta europea dei diritti una vittoria dimezzata, "la Repubblica" di mercoledì 4 ottobre 2000, p.17, col. 4" e 6ª per "la dignità" che nella Carta "diventa il filo conduttore per la costruzione della personalità", nel "mentre il principio di dignità risulta rafforzato grazie al riconoscimento della sua inviolabilità". Ma cfr., insieme, Louis Edmond PETTITI, *Norme* vaghe e diritti *dell'uomo*, in *"Jus"* (Ed. Vita e Pensiero Pubblicazioni della Università Cattolica) Anno XLVI, I: Gennaio Aprile 1999, "Relazioni e Contributi" al X Seminario sui Diritti dell'uomo (in onore di Giovanni Maria Ubertazzi), Milano, 22 novembre 1996, p.54 su "la dignità" quale "tema principale della Convenzione europea" anche se "la parola dignità non vi figura: si trova nei Patti, ma non nella Convenzione europea; tuttavia in molte sentenze della Corte si trova adesso la parola dignità: più per rinforzare il ragionamento, più per dare nobiltà al ragionamento, che per una vera ragione giuridica".

([11]) Sulla questione ebraica, in MARX-ENGELS, Opere scelte, Roma (Editori Riuniti), 1966, pp.93 ss.; anche in Iring FETSCHER, Il *marxismo* Storia documentaria, Vol. terzo *'Politica'*, Milano (Feltrinelli, 2" ed.), 1970, intitolando il riferimento ai diritti dell'uomo nella concezione della borghesia.

([12]) Iring FETSCHER, *ibidem*, pp. 92 s., per il titolo e la citazione di cui vado debitore al dott. Enrico Maestri (dottorando in Sociologia del Diritto).

flittualità in una dimensione verticale con le forze dominanti. Un documento recente, eppure di contenuto antico (13), mostra come per la tradizione aborigena, ad es, nello Zimbabwe il *diritto alla terra* "non appartiene ai vivi ma è patrimonio collettivo degli antenati" e ne consegue che "la madre terra, la quale ospita e dà nutrimento" non debba rientrare nel possesso di singoli ad esclusione di altri — ancora riservato a proprietari bianchi in quel paese — ma dev'essere il "bene" di ciascuno *a tutti comune*.

Per gli stessi diritti umani che si diano per scontati si presentano, del resto, normalmente i limiti imposti dalle autorità con la giustificazione giuridico-sociale del rispetto dei diritti e delle libertà altrui, su cui fondare restrizioni al diritto umano individuale sotto quell'effettivo controllo di ciascun governo che dipende, in primo luogo, dalla sua "buona volontà" quale sovente si manifesta secondo una "ragion" di Stato "*and* a national margin of appreciation" seppure "allows room for the consideration of the diverse national legal traditions" (14). Sicché possono verificarsi scontri fra gruppi di diversa tradizione di cui uno solo goda del più sostanziale appoggio del governo costituito, come nel conflitto alimentato pure dalle tradizioni religiose in contrasto sulla spianata delle Moschee all'altezza dell'antico muro del Tempio ebraico in Gerusalemme, allorché ha scatenato dall'autunno 2000 la nuova *intifada* palestinese.

O in altri casi possono esserne alimentati comportamenti in qualche modo discriminatori nei riguardi dei diritti umani dei soli stranieri, verso la loro libertà di coscienza o di religione, le libere manifestazioni del pensiero o la libertà di circolazione di quelle persone, dei loro beni materiali e delle loro idee, degli scambi, del commercio o di altre attività. Fino a che punto ciò possa essere considerato oggetto d'*interventi* nei rapporti internazionali è, però, tutto da vedere. E ciò piuttosto sotto il profilo della protezione all'estero degli appartenenti ad un soggetto di diritto internazionale verso gli altri che usino violenze ai suoi beni materiali o immateriali per il tramite degli individui a lui più strettamente collegati, e più raramente in considerazione dei loro diritti umani in quanto tali (15).

---

(13) "Bianco d'Africa" di Maria CUFFARO, Raitre, h. 23.20 di mercoledì, 1° novembre 2000, con varie interviste attuali.

(14) Vero è, comunque, che per quanto riguarda, ad es., le restrizioni previste dalla Convenzione europea dei diritti umani "the list of reasons justifying such measures is extensive", fra cui "the protection of health or morals": e ne consegue "that the 'system' of the Convention is in effect much more ambiguous that one could have expected quando, d'altra parte, "the good will of the States ... is often a matter of display". Vedasi per tutto: Mireille DELMAS-MARTY, Genera2 Introduction a "*The* European Convention *for* the *Protection of Human Rights*" *International* Protection versus *National Restrictions*, Dordrecht/Boston/London (Martinus Nijhoff Publishers, Delmas-Marty, M., editor), 1992, pp. 1-3.

(15) La prassi degli Stati pare, ad ogni modo, "da sola sufficiente a vanificare il tentativo di forzare attualmente la collocazione della norma sul trattamento degli stranieri protetti nello stesso quadro della protezione internazionale dei diritti umani" secondo la consuetudine applicativa dei principii generali, menzionata dalla mia

3. – Dall'altra parte si dà, viceversa, la tensione dei diritti e/o valori umani "forti" per cui sempre si contende con il "potere" pubblico (o politico) da posizioni che attengono al profondo della natura umana (16) ma sono spesso ritenuti troppo *elitari*, cui l'autorità debba talora cedere suo malgrado, solo in cambio della pace sociale o della stabilità nelle proprie strutture, in tal modo conquistata e sofferta. Diritti umani, perciò, più a rischio d'esser momento per momento conculcati ed oppressi ove non siano fatti propri da una volontà di gruppo maggioritaria, o largamente coinvolta da eventi che incidano in modo determinante sulla psicologia sociale, rivolgendola ad integrare nell'ordinamento giuridico anche principi d'equità *"infra legem"*. Il valore proclamato dalla Antigone di Sofocle (17) è a tale riguardo il modello emblematico pure nell'introdurre il tema del rapporto fra "diritto ed equità" costituendone, anzi, una importante chiave di lettura (18).

Ora, a chiunque se ne occupi anche dal punto di osservazione della società internazionale (19) sembra inevitabile far notare, per un verso, quel cedimento a tali principii e valori se alla loro violazione reagisce, grazie a qualunque apporto pure dall'esterno, una "voce cupa" che "sommessamente si diffonde" ma con tale forza da suscitare nel re Creonte della "Antigone" il rammarico per non averli introdotti in tempo nel diritto della città: visto che "la migliore cosa" è "arrivare alla fine della vita rispettando le leggi stabilite" (20).

Senonché, per altro verso, il medesimo valore della onorata sepoltura dovuta a ogni persona umana, e pretesa da Antigone anche per il fratello nemico della città, ha trovato, ad es., ancora nel 1949 con la prima Convenzione di Ginevra, e il relativo II Protocollo, resistenza nell'atteggiamento delle potenze verso l'uomo che ne tradisca la fede o rinneghi con la violenza l'impegno nazionale del proprio governo. Una resistenza che, infatti,

---

"voce" Protezione diplomatica nel vol. XXV della "Enciclopedia Giuridica" Treccani, Roma 1991, p.3. Cfr. Paolo PICONE, La *"Guerra* del Kosovo", cit., p. 339 in particolare, nonché le pp. 340-343, con cui, del resto, non v'è contrasto. E anche la *intifada* sopra accennata si caratterizza oramai come reazione d'una organizzazione governativa in favore delle persone "proprie", verso un'altra (v, Daūd KUTTĀB, Le due Intifada, in *"Limes"* n. 11001, pp. 127, 129 ss., 132).

(16) Cfr. CERRI, G., Legislazione orale e tragedia greca Studi sull'*Antigone* di Sofocle e sulle *Supplici* di Euripide, Napoli (Liguori ed.), 1979, pp.96 ss., 100 ss., e *passim*.

(17) Ne ho dato atto con la scelta per i *"Fraterna* Munera", Studi in onore di Luigi Amirante, Salerno, 5 maggio 1998, del mio Le *"potenze" e* i diritti umani nel sistema delle *norme* internazionali, specialm. pp. 1 s., 9, 11.

(18) Cfr. R. Neil SNYDER, *Natural Law* and Equity, in "Equity in *the World's Legal* Systems" A Comparative Study Dedicated to *RENÉ CASSIN* — Editor Ralph A. NEWMAN — Brussels (Etablissements Emile Bruylant), 1973, pp. 33, special.; 35, 38 s.; 40, conclusiv.

(19) Per l'atteggiamento originario della società internazionale al riguardo, le motivazioni sono pur sempre quelle delle pp. 7 e 9 del mio ***Le*** *"potenze"* e i diritti umani, cit.

(20) *Ibidem*, pp. 4 e 10.

contro la sua insurrezione armata (nel conflitto "non internazionale" con il potere statale) è venuta ad avere riscontro persino in quegli accordi, ispirati dalla Croce Rossa Internazionale per finalità eminentemente umanitarie. Difatti il combinato disposto degli art.3 e 17 della Convenzione non obbliga ad un uguale trattamento rispettoso dei "caduti" nelle guerre "internazionali" il soggetto contraente che continuasse a ritenersi non vincolato a dare la stessa onorata sepoltura agli "insorti" in una guerra civile (a termini del II Protocollo); ferma solo la raccomandazione del 2° comma 3° cpv. dell'art.3 ([21]) di "sforzarsi" di "mettere in vigore" pure nei loro confronti il disposto convenzionale sul migliore trattamento.

Nè si pensi che poche siano le incidenze della dimensione verticale su quella orizzontale dei rapporti di coordinazione fra le potenze in tema di diritti umani.

Non per nulla dal 1° comma dell'art.29 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, con la premessa che "ogni individuo ha dei doveri verso la comunità" statale, si passa a dire non solo che "Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà ognuno deve essere sottoposto" alle limitazioni stabilite dalla legge "per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri" (2° comma del medesimo art. 29), ma che altre limitazioni vi saranno ad opera di ogni Stato "per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica" ([22]).

Certamente, poi, per la "morale" e il benessere generale in una società "democratica" (secondo quali nozioni e quali ideologie?) il discorso minaccerebbe d'essere eccessivamente vasto, forse incontenibile nel cuore del tema in questione ([23]), ma per l'ordine pubblico era già lettura toccante e adeguata

---

([21]) V. COMITÈ INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE *Les* Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève (Deuxième édition), 1950: *"Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949"*, pp. 25 e 26 in ispecie, 32 s.; e per i Protocolli: Paolo BENVENUTI, *Movimenti insurrezionali e protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del* 1949, in "Studi in onore di Cesare Sanfilippo", Milano (Giuffrè Ed.), 1982-91, Vol. quarto, pp. 64 ss., 69 ss., 86 ss., 93-96.

([22]) Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI Servizi informazioni e proprietà letteraria "La *protezione internazionale dei diritti dell'uomo" A* cura di Claudio ZANGHÍ, Roma 1979, pp. 24-25.

([23]) Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Roma 1951), in vigore dal 3 settembre 1953, il riferimento alla *"morale"* senza aggettivi in tema di restrizione ai diritti, per la sua 'protezione' negli articoli 8 e 11, secondi commi, si differenzia da quello, ugualmente *vago*, alla *"morale pubblica"* nel secondo comma dell'art. 9 (v. *La protezione A* cura di C. ZANGHÍ, cit., pp. 177, 171 e 167, rispettivamente); nel mentre, dall'altra parte, secondo Michele DE SALVIA, *Esistono nome vaghe nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *"Jus"* 1999, "Relazioni" cit. (in onore di G.M. Ubertazzi) — 1996 —, p. 66: "Nel sistema della Convenzione non esiste... un diritto trascendente, che diritto non è, ma che si ricollega a principi etici, come le 'non scritte leggi degli dèi' dell'Antigone". Eppure "Nel sistema della Convenzione non può esistere

quella di Giovanni Conso ([24]), prima di tutto sulla ambiguità *del* concetto, poiché "ordine pubblico" è "un'espressione estremamente pericolosa". Si tratta, per lo più, di uno "strumento per tendenziose manovre politiche, per spericolate interpretazioni normative: in sostanza, per ogni operazione priva di quella cristallinità che ciascuna democrazia ha il diritto di pretendere in nome del valore chiamato certezza del diritto". E sarebbe da concludere che "in nome di questo ordine pubblico che può essere inteso in tanti sensi così diversi fra loro" non è legittimo, "non è ammissibile conculcare i diritti civili" oltre tutto, dunque, "in nome di un'entità priva di un significato preciso".

4. – Non si pensi neppure che la moda della globalizzazione possa introdurre un buon modo piu esteso di praticare nel mondo i diritti umani ([25]).

---

conflitto tra legge e comandamento morale, se per morale s'intende la morale dei diritti dell'uomo" (non meglio definita). Morale che, del resto, proprio nell'ottica dei diritti umani individuali può frazionarsi per via delle più diverse opinioni; come, ad es., per l'art. 12, quarto comma, della Convenzione interamericana dei diritti umani (in vigore dal 18 luglio 1978) si suggerisce con riguardo alla 'éducazione morale" dei fanciulli: "Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'education religieuse et morale conforme à leurs propres convictions", La protezione A cura di C. ZANGHÍ, cit., pp. 265 ss. per l'origine e l'applicazione della Convenzione, e specialmente 281. Vero è soltanto che se si vuol superare l'etica "relativistica", le teorie "antinaturalistiche" che nella relatività storica individuino "i particolarismi come valore supremo", va prima di tutto riconosciuto che "sono le culture a caratterizzare i diritti umani, e non viceversa". E di qui, al di là dello "egocentrismo" della civiltà occidentale odierna con pretese di universalizzazione — se anche un autentico comunitarismo non può che esser "permeato di culturalismo" — si deve risalire attraverso le culture ai principii o valori "invariabili": a ciò che è "permanente natura comune" della umanità; che non sia "accidentale" e la cui ispirazione sia, anzi, da rinvenire fuori dal mondo dei "tempi" nella loro relatività. V. Sergio COTTA "*I* diritti umani nel pensiero speculativo contemporaneo": Nel pensiero religioso, in Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei (16-17 novembre 2000) cit. Cfr., insieme, la pag. 11 *infra,* e nt. 33-34 ivi.

([24]) "Diritti civili e Ordine pubblico" 1. Ambiguità del concetto di ordine pubblico, in "Attualità e attuazione della Costituzione", Bari (ed. Laterza), 1979, in particolare le pagg. 207 e seg.

([25]) La cronaca dei tempi che corrono può indurre a ritenere che "Nel segno dei diritti umani... sulla scia tanto della globalizzazione dell'economia quanto dei movimenti migratori lungo nuovi assi di gravitazione" stia modificandosi "Verso un mondo multipolare ... la natura delle relazioni fra gli Stati e ciò sulla base di un inedito paradigma tendente a eleggere in via prioritaria, rispetto a ogni altra finalità, la tutela di quell'entità unica che è l'essere umano, con la sua dignità, i suoi diritti, le sue libertà. Ragion per cui la comunità internazionale è chiamata a imporre il rispetto dei diritti della persona", Valerio CASTRONOVO, L'eredità del Novecento, Torino (Einaudi ed., 2000, p. 294). Senonché, quand'anche non si condivida il dubbio espresso da Norberto BOBBIO, in una intervista alla Stampa, "che le idee contino sempre di meno in un mondo globalizzato", s'ha da ritener per "certo", con HOBSBAWM, "che la globalizzazione ha aumentato la distanza fra la nostra realtà e le decisioni soprattutto di carattere

Anzitutto, non è da sottovalutare il rilievo suggerito (settembre 2000), dai dialoghi culturali svoltisi a Santiago di Compostella, a Felipe Gonzalez, già Presidente del Consiglio spagnolo: che, cioè, dopo "l'esplosione del fenomeno noto come globalizzazione" per l'appunto la "rivoluzione nel campo dell'informazione — implicata dalla sua globalizzazione — acutizza le reazioni di affermazione di identità di fronte a ciò che si percepisce come una tendenza omogeneizzatrice, che minaccia la personalitá propria, e differenziata" provocando conflitti di identità "intranazionali o sovranazionali" che '(costituiscono la principale minaccia per l'esercizio della democrazia e per la convivenza pacifica tra popoli e nazioni" ([26]). Laddove, invece, "per passare alla comprensione dell'Alteritá" non si deve poter prescindere dal "dialogo sempre più assente dalla società globale come conoscenza (logos) di questo Altro culturale"; che attraverso la "accettazione e l'integrazione della diversità culturale, di identitá differenti" risponda, fra l'altro, alla domanda d'un risultato effettivamente "compatibile con i diritti umani".

In secondo luogo, sin dalla realizzazione di una unione quasi continentale come gli Stati Uniti d'America si vede ciascuno Stato membro, ancorché non soggetto di diritto internazionale, arroccato nella conservazione della sua *libertà di fatto*. Egli, senza ulteriori patteggiamenti che ne limitino menomamente la sua attuale sovranità di diritto pubblico interno, sia legislativa che esecutiva, mantiene integro il proprio "dominio riservato" di fronte al solo soggetto internazionale che vi corrisponde, il Governo federale con sede nel

---

economico che possono determinare le nostre esistenze". E pur se "nessuno...controlla" la globalizzazione "per fini politici", e semmai, sempre secondo Hobsbawm (Intervista di Alberto Papuzzi, "Tutto *libri*" de "la Stampa", 11-5-2000, p. 3), essa "rappresenta ciò che a livello borghese è stata la moda", questo non esclude il timore di Bobbio, che "in un mondo globalizzato" siano "i grandi potentati economici e finanziari a prendere le decisioni che muovono il mondo". Allora è vero che "Dal punto di vista dei profeti di un mercato libero globale, tutto ciò che conta è il totale di ricchezza prodotta e di crescita economica" e "La novità è che, tra i fattori di produzione, gli esseri umani sono sempre meno necessari. Perché, parlando in termini relativi, non producono quanto costano: gli esseri umani non sono adatti al capitalismo". E intanto "solo una piccola parte della ricchezza generata" risulterà "nei fatti redistribuita alla maggior parte della popolazione. La spartizione della ricchezza sta diventando drammaticamente meno uguale": "drammaticamente" perché "un numero di persone molto piccolo, spesso singoli individui, stanno diventando ricchi oltre ogni precedente storico", Eric J. HOBSBAWM, Intervista sul Nuovo Secolo, A cura di Antonio Polito, Bari (Laterza) e Milano/Mondolibri (su licenza Laterza), 1999, pp. 64, 80, 81. Si aggiunga, finalmente, l'osservazione di Norberto BOBBIO "Dialogo sulla democrazia" (colloquio a cura di Alberto Papuzzi, "*La* Stampa" 9-2-2001, p. 6, col. 7), che "L'universalizzazione è l'utopia del nostro tempo, soprattutto di fronte al fenomeno della globalizzazione, che si presenta ancora in forma anarchica, con rapporti fra gli Stati di permanente conflitto". Cfr., sostanzialmente nello stesso senso, E. J. HOBSBAWM, *op.cit.*, pp. 40 s., 52 s., 55, specialmente 72.

([26]) Si veda Felipe GONZALEZ, L'Europa con tante razze *rischia* un nuovo Medioevo, in "Commenti" de "la Repubblica" 29-9-2000, p. 15.

solo Distretto di Columbia senza alcun proprio territorio (interno) statale. Ne consegue il limite invalicabile a una evoluzione dei diritti umani all'interno di singoli federati, ad es., con riguardo alla pena di morte ([27]).

Ma più ancora i diritti umani sono messi in pericolo da una prospettiva futura assolutamente indeterminata (ancorché da tempo — e speriamo durevolmente — congelata) ([28]) del potere di governo di una unione universale (a quasi) quale la Organizzazione delle Nazioni Unite ([29]), che ne costituirebbe il limite per eccellenza, come sulla base del medesimo art. 29, 3° comma della Dichiarazione Universale: "Questi diritti e questa libertà non possono in nessun caso essere esercitati in contrasto con i fini e i principi delle Nazioni Unite".

Infine la universalità proclamata per i diritti umani da un convenzionalismo globalistico, attraverso una loro "rnondializzazione" a parole, è a rischio d'un riferimento "ai valori, ai diritti dell'uomo, ai diritti fondamentali senza vera interiorizzazione" cercando più la soluzione dei rispettivi problemi "nella terminologia che la soluzione nella vita. E questo, è un pericolo che tutte le società hanno conosciuto e che conosciamo forse ancor più adesso perché rifiutiamo le verità della barbarie contemporanea perché abbiamo le parole e non il senso del destino" ([30]). Il senso, dunque, del destino che ci diamo indipendentemente dal fato, dall'inevitabile farsi delle cose, e come

---

([27]) V. C. A. BARKER and F. E. ROURKE, *"United* States of America". *Government,* in "Encyclopaedia Britannica" (William Benton Publisher) 1964, Vol. 22, pp. 822 ss., 827; D.C. BECKWITH, *"United* States". *"Developments* in the States, 1999, in "2000 Britannica Book of the *Year",* pp. 514, 3" col.: "States received a judicial boost in their ongoing federalism battle with the U.S. government during the year... The justices proclaimed that states had a 'sovereign status' that shielded them from private lawsuits seeking to enforce most federa1 laws"; 516, 2ª col.: "States executed 98 men and women during 1999" dove nei singoli Stati il "public support for capita1 punishment remained high.

([28]) Oltre a Rolando QUADRI, Diritto internazionale pubblico, Palermo (Priulla ed.), 1949, pp. 57 e 244, si veda ampiamente Danilo ZOLO, *"Cosmopolis" Prospects for World Government,* Cambridge/Oxford (Polity Press in association with Blackwell Publ. Ltd), 1997, e la prima ediz. *"Cosmopolis"* La prospettiva del governo mondiale, Milano (Feltrinelli) sett. 1995, in ispecie pp. 120, 123 ss., 137 s., 139 ss., 143 ss., conclusiv. 146 (4. Civitas *Maxima* and Cosmopolitan Law, della edizione inglese).

([29]) Ibidem, *ult. loc.* cit. per la conclusione che "il progetto di un'ulteriore concentrazione del potere internazionale secondo il paradigma della Carta delle Nazioni Unite finirebbe per dar vita a una istituzione assolutamente "sovrana" e incontrollabile e renderebbe dunque più precaria sia la tutela internazionale dei diritti sia la ricerca della pace". E per il terzo comma dell'art. 29 della Dichiarazione Universale dei diritti umani, qui di seguito menzionato, v. *La* protezione A cura di C. ZANGHÍ, cit., ancora p. 25. Ma per il più importante ripensamento delle funzioni e dei poteri delle Nazioni Unite secondo la "Carta" si mediti ora attentamente su — e si traggano conseguenze decisive, anche per la dottrina — da Gaetano ARANGIO-RUIZ, *"On the Security Council's Law Making"* in "Rivista di diritto internazionale", 2000, fasc.3, pp. 609-725; special. 615 ss., 627 ss. 635 e nt. 49, 641 ss., 653 ss., 660 ss., 681 ss., 692-700.

([30]) Louis Edmond PETTITI, *Norme* vaghe e diritti *dell'uomo,* cit., p. 56.

sorte umana conseguita con la partecipazione mirata alle verità da affrontare nell'oggi, con la sincerità di una personale elaborazione, rifuggendo dalla retorica del futuro o del futuribile; magari fino a dire di questo momento, nel mondo che "mai la vita umana è stata così disprezzata" (31). Al contrario la tendenza alla globalizzazione favorisce il calare delle ombre della disinformazione o del dubbio con il rimpicciolire gli eventi e il depistare l'attenzione da quelli deprecabili di taluni paesi minori o più distanti, come taluni centro-sud americani e orientali od africani, al coperto degli interessi più grandi come quelli delle multinazionali (32)

5. – La temperata, lenta e prudente, crescita internazionale dei diritti umani (33) è altrimenti favorita sul piano dei rapporti giuridici tradizionali fra

---

(31) Nella sua allocuzione al Corpo Diplomatico per il tradizionale incontro d'inizio d'anno, papa Wojtyla, riferendosi a come sia disprezzata "nella maniera più brutale" la vita umana, dalle "guerre seminatrici di morte scoppiate in Europa" ai "modelli culturali che hanno disseminato l'ideologia del consumismo e del piacere ad ogni costo", ha profetizzato che "Se l'uomo stravolge gli equilibri della creazione...e non si prende cura dell'ambiente che il Creatore ha affidato alle sue mani, questo mondo, programmato unicamente secondo i nostri progetti, potrebbe diventare irrespirabile". E ha, infine, esortato la scienza ad essere "al servizio della persona": affinchè "l'uomo non sia un oggetto da sezionare, da comprarsi o vendersi, che le leggi non siano mai condizionate dal mercantilismo o dalle rivendicazioni egoiste di gruppi minoritari", "La Stampa" domenica 14 gennaio 2001, p.10 e "la Repubblica", stessa data, p. 11.

E forse non ricompare il disprezzo per la vita e i valori umani alti che vi si ricollegano, come quello proclamato da Antigone quando, d'una sparizione durante un trasporto aereo delle urne con le ceneri di persone tragicamente decedute, si dà ufficialmente la giustificazione "che non si trattava, ahimè, di valori preziosi da sottoporre a speciale vigilanza"? Poichè "Le urne erano prive di valore computabile potevano tranquillamente essere abbandonate su un carrello o in un magazzino, a disposizione di chiunque": a conferma della "insensibilità per i morti" che "nasce da una parallela umiliazione della vita: della sacralità che accompagna, come un'aura, le sue effimere spoglie", Lorenzo MONDO, *A Malpensa* non *c'è* pietà per *le* ceneri dei morti, "*La* Stampa" 11-2-2001, p. 20.

(32) Tanto più occorre favorire le occasioni di confronto con quelle esecrabili realtà contro l'uomo che più perdurano nelle persone e nei fatti al coperto della omertà internazionale. Sul punto va richiamata la "Edicola" di RAITRE, del 12 settembre 2000, h. 0.25, con aggiornamenti attuali oltre alla presentazione (per la collana degli Editori Sperling & Kupfer diretta da Gianni *Minà*) del volume di Máximo CAJAL (già ambasciatore dì Spagna in Guatemala e ultimamente console generale a Lisbona), Massacro in Ambasciata, Milano, 2000. V. pure, della stessa collana, Italo MORETTI, In Sudamerica, Milano, 2000; e della Ed. Feltrinelli Kevin BALES, I nuovi schiavi, Vincitore del Premio Internazionale Viareggio 2000 (devoluto dall'A. a favore della Lotta contro la schiavitù nel mondo).

(33) Sin dal mio scritto *L'interaction* des droits des *peuples* et des droits de Z'homme, in "*Droits* de *l'hommes* et droits des peuples, San Marino (Fondation Int. Lelio Basso et République de San Marino), 1983, pp. 85 s., ho messo, in luce la gradualità nell'assunzione degli obblighi da parte degli Stati contraenti del Patto sui diritti civili

le potenze dall'avere essi la fonte normativa delle regole primarie nell'uso generale delle genti per i principii o valori adattabili a codesti rapporti, fra cui anche i "principii ... più universali e penetranti... dal punto di vista dei valori... etico-giuridici e generalmente umani del diritto giurisprudenziale" ([34]) dai quali verrebbe, così, pregiata la *"humanitas"*. E seppure si dirà che non ha senso per il diritto trattare della "morale dei corpi politici", ciò non toglie che in una dimensione puramente orizzontale ove le potenze abbiano avuto coscienza, sin dall'origine del loro sistema di relazioni giuridiche trasversali, del "mutuo consenso" a certi generali principi "emanazione dei diritti naturali dell'uomo trasferiti al corpo politico" comune dei soggetti di diritto internazionale, le loro attese — rivolte anche allo "officio della umanità che lega naturalmente tutte le nazioni" — debbano avere sempre in considerazione i principi medesimi "come quelli che forrnano la base" della loro comune "conservazione" ([35]).

Pertanto, essi si proteggono vicendevolmente, come singoli e/o associati in via di autotutela presso ciascun altro di loro e nei propri beni materiali od immateriali anche per il tramite delle persone umane, a cominciare da quelle (i propri sudditi o "nationals") con cui ogni soggetto di diritto internazionale si trovi in più stretto collegamento ([36]). Il che, però, non esclude un allargamento funzionale della autotutela (*"self-defence"*) quando siano oggetti di lesione diritti umani in qualche modo ugualmente connessi agli interessi individuali o collettivi delle (o di talune) potenze.

---

e politici dell'uomo in conformità del Progetto N.U. del 16 dic. 1966, per i suoi art. 2, par. 2 e 40, par. 1, alinéa b, e par. 2. D'altronde, il famoso Protocollo N° 6 del 28 aprile 1983 della Convenzione europea dei diritti umani del 4 nov. 1950, contiene nel preambolo la precisazione che in esso "la pena di morte è abolita" (**art.** 1, "Considerato che gli sviluppi [interni] intervenuti in parecchi Stati membri del Consiglio d'Europa indicano una tendenza generale a favore dell'abolizione della pena di morte" stessa; mantenendo, peraltro, il Protocollo intanto i limiti dei suoi artt. 2 (per atti commessi in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di *guerra*) e 5 (eccezioni per territori indicati dallo Stato parte "al momento della firma o del deposito del suo strumento di ratifica, d'accettazione o d'approvazione" del Protocollo medesimo, neppure oggetto di consenso unanime da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa).

([34]) Luigi LOMBARDI (VALLAURI) Saggio *sul* diritto giurisprudenziale, in "Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma" dirette da Sergio Cotta, Milano (A. Giuffrè Ed.), 1967, pp. 28 s., 379.

([35]) Giuseppe COMPAGNOM, Elementi di diritto costituzionale democratico, Venezia 1797, Ristampa a cura di Italo Mereu e Daniela Barbon, Bologna (Analisi Trend), 1985, pp. 77 ss., 81 e nt. a, ivi, che ho citato pure, più largamente, a p. 214 di Il diritto internazionale come sistema di *diritto* comune, Padova (Cedam), 1999.

([36]) Già ho ripreso, il concetto nella "voce" della "Enciclopedia Giuridica" Treccani, Protezione dipl., cit., pp. 4, 2ª col., e 5, anche sulla base de *L'interaction* des droits, cit., p. 80, e della bibliografia ivi richiamata, con particolare riguardo al mio Cap. terzo, §§ 23-27 sulla "nazionalità" degli individui in diritto internazionale, da *La* protezione diplomatica delle società, Padova (Cedam), 1957.

In effetti, dal '500 è più estesa l'attenzione agli interessi particolari, comuni a più signori europei, al commercio e agli stabilimenti mercantili in Oriente, che venivano protetti anche per altre potenze specialmente da alcune sotto la cui protezione le persone private si ponevano, loro affidandosi come *"fedeli"*. Così la protezione francese si esprimeva in interventi anche a favore d'individui stranieri, purché europei naviganti per l'oriente *"sous* la bannière *de France"* come un secolo prima gli stranieri naviganti sotto bandiera genovese erano tutti protetti da Genova secondo lo Statuto dell'Ufficio di Gazzeria del 1441 (37). Ma altresì dalla Francia la protezione presso l'Impero ottomano si allargava anche a persone locali di religione non musulmana (38). E via via si andavano affiancando alla Francia dal sec. XVI al XVIII altre potenze europee, in primo luogo l'Inghilterra a garanzia delle varie libertà individuali (39), in ispecie religiose, sviluppandosi in tal modo le premesse anche d'interventi collettivi diretti nella sfera sovrana della Sublime Porta.

Finalmente la stessa nozione di autotutela funzionale si allarga tendenzialmente *"erga omnes"* nell'interesse delle componenti la società internazionale (naturale necessaria), e non una fantomatica "comunità" internazionale che adombri la figura di uno Stato mondiale (40) proprio ad evitare, secondo

---

(37) *Ibidem* (ult. *op.* cit.) § 23, pp. 207 ss., e nt. da 37 a 44, e con un accenno agli "obiettivi di carattere politico ed economico" perseguiti, Paolo PICONE, La "Guerra del *Kosovo"* cit., p. 339. Cfr. Catherine ASDRACHA e Robert MANTRAN, Faccia a faccia a est: turchi e occidentali, in Robert FOSSIER, Storia del Medioevo *"Il* tempo delle crisi" 1250-1520, Traduzione di Elena De Angeli, Torino (Einaudi ed.), 1987, Capitolo sesto, p. 337 in ispecie.

(38) V. Capitulations in "Encyclopaedia Britannica" Micropaedia (Printed in U.S.A.) 1981, Vol. II, p. 538.

(39) V. QUINCY WRIGHT, Capitulations, in Encyclopaedia Britannica, U.S.A., 1964, cit., Vol. 4, p. 851.

(40) V. Francesco CAPOTORTI, *Cours* général de droit international *public*, in "Recueil des cours" de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 248 (1994-IV), p. 26, che pur utilizzando la nozione di "communauté universelle" nel senso "qu'en sont membres actuellement tous les Etats du monde" precisa, alla nt. 2, che essa "mérite d'être qualifiée de société naturelle ou nécessaire" come "est mis en évidence par Giuliano, Scovazzi, Treves, Diritto *internazionale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 16 ss. Cfr., per il punto di vista "anticosmopolitico", contro l'idea di un *"global constitutionalism"*, e per una critica bene articolata a uno "Stato di diritto planetario" nonostante le motivazioni della "dottrina e ... politica occidentale dei diritti dell'uomo", Danilo ZOLO, *Cosmopolis*, cit., pp.140 ss., 144 specialmente sul "rischio che il progetto cosmopolitico ... operi di fatto — e sia percepito — come un aspetto di quel processo di 'occidentalizzazione del mondo' che oggi investe le civiltà e le culture tecnologicamente ed economicamente più deboli, privandole della loro identità e dignità". E dell'affermazione del Preambolo (3° cpv.) della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, qui di seguito riportata, ho sottolineato il carattere eminentemente politico nei "Fraterna Munera" in onore di Luigi Amirante, Le *"potenze"* e i diritti umani, cit., p. 16. Che si dia pure, in tale direzione, a garanzia dei diritti, una protezione (*'self-*

la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, che "l'uomo sia costretto" se vengano oppressi i suoi diritti e libertà "a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione" anche destabilizzando gli equilibri della pace e della sicurezza per tutti.

Si tratta di quel rimedio "naturale" nell'uso delle genti che la Carta delle Nazioni Unite assume tal quale, con la denominazione generalissima "diritto *naturale* di autotutela" benché poi lo riferisca, per i soli fini dell'art. 51, alla prima reazione a un attacco armato. E che lo esprima in tal modo nella sua *continuità* che implicava pure usi di forza strettamente per altre necessità di autotutela è dimostrato dalla non contrarietà con la stessa "Carta" di qualche ristretto uso per codesto fine.

Gli interventi armati limitati ad incursioni israeliane di là dalla frontiera giordana, che si legittimavano per la difesa dei coloni negli stanziamenti di confine della Repubblica d'Israele, contro le vicine basi in Giordania della guerriglia palestinese costituirono, infatti, persino uno dei motivi (aggravato dai tre dirottamenti di aerei di linea, statunitense, svizzero e britannico, su pista di atterraggio giordana fra il 6 e il 9 settembre 1970) per una breve ma sanguinosa guerra civile della Armata di re Husain contro il Fronte Popolare per la Liberazione della Palestina, dal 9 al 25 settembre ([41]). Similmente non sollevò un contrasto con il sistema Nazioni Unite il *raid* israeliano ad Entebbe, giustificato dalla urgenza e dalle difficoltà di un affidamento di buona fede (pur tentato) sul Presidente dell'Uganda, per liberare dal sequestro terroristico, ancorché a prezzo della vita di 20 militari ugandesi oltre che di 7 guerriglieri, uomini e donne passeggeri e dell'equipaggio d'un aereo civile francese dirottato il 27 giugno 1976 per l'appunto nell'aeroporto di Entebbe, invaso dalla forze israeliane la notte dal 3 al 4 luglio ([42]).

Comunque è apparso come un modello d'intervento con uso di forza non soggetto a critiche in base alla Carta delle Nazioni Unite ([43]) il (fallito) *raid* degli Stati Uniti a Teheran ordinato dal Presidente Jimmy Carter (1980) per

---

defence') di tutti verso tutti (*"erga omnes"*) è, pertanto, pur sempre degli Stati uti singuli (presi uno per uno) o — se si preferisce — tale da risolversi sempre in "comportamenti unilaterali", o in particolare interventi, di "gruppi di Stati'" come, del resto, di "singoli Stati" (Paolo PICONE, La "Guewa del Kosovo", cit., p. 334).

([41]) Cfr. Aldo BAQUIS, *"Quanto* pesa *la* lobby dei coloni", *"Le* colonie dei laburisti", in *"Limes"* n. 11001, p. 44. Indi, si veda Peter (John) MANSFIELD, Husain *Ibn Talal* e Jordan, in "Britannica Book of the Year *1971"*, pp. 144 s., 429.

([42]) V. *Chronology*, July 3-4 e 28 (Britain breaks relations with Uganda); Molly MORTIMER, *Commonwealth* of Nations; Duncan CHAPPELL, *Crime* and *Law Enforcement*; Robin J. RANGER, *"Defense"* The Middle East; Kenneth INGHAM, Uganda: "Britannica Book of the Year *1977"*, pp. 94, 95, 202, 2ª col., 217, 239, 681.

([43]) Cfr. International Court of Justice, Year 1980, *Judgment* 24 May, General List Nº 64, Case *Concerning* United States Diplomatic and Consular *Staff in* Teheran (United States of America v. Iran).

liberare dal sequestro ad opera di fanatici khomeinisti persone messe a rischio nella salute o nella vita, sia componenti la missione diplomatica americana sia addetti ai suoi servizi. La discrezione e misura dell'operazione — la sua fondamentale moderazione — furono nelle circostanze utilizzate di tempo e di luogo una delle cause del suo esito infausto: ma tanto più questo ha provato la rigorosa proporzionalità con l'esigenza estrema di autotutela, e non altro ([44]). Viceversa, nell'invasione degli Stati Uniti a Grenada (1983), anche solo con riferimento a interessi umani di loro appartenenti (nationals), l'Amministrazione Reagan avrebbe dovuto stabilire "by means of clear and convincing evidence that there did in fact exist an immediate threat to the safety of U.S. citizens in Grenada", ma ciò non sarebbe ancora bastato a legittimare tale intervento: "Even then, such a threat could have justified only a limited military operation along the lines of the Israeli raid at Entebbe" ([45]). Dunque, per i soli fini che dovrebbero caratterizzare nelle situazioni analoghe in genere *"par* définition l'intervention d'humanité" come "désintéressée"; nel senso, che *"L'intervention cesse d'être* désintéressée *lorsque l'intervenant* a un *intérêt* a dépasser les limites *où* devrait se tenir son *action"* ([46]).

6. – Di fronte al fluire d'interventi pretesi in *autotutela* non è, tuttavia, mai venuto meno l'argine del "dominio riservato" quale concetto da non confondere sul piano giuridico con i soli dati d'un regolamento normativo ormai intervenuto in certe materie come "liées" nei rapporti da soggetto a soggetto di diritto internazionale, o non "liées", e allora solo in questo caso ritenute di competenza domestica o nazionale ([47]); e nemmeno da assimilare a una dicotomia fra materie esclusivamente interne, di dominio riservato, di una singola potenza o, viceversa, internazionali secondo concetti fissi ([48]).

([44]) V. Keith S. McLachlan, Iran; Richard L. Worsnop, *"United States"* "Foreign *Affairs*; Special Report, "A *Landslide,* not a Mandate" by Stanley Cloud: "Britannica Book of the Year *1981",* pp. 461,691 s., 698.

([45]) Francis A. Boyle, Abram Chayes, Isaak Dore, Richard Falk, Martin Feinrider, C. Clyde Ferguson Jr., J.David Fine, Keith Nunes, Burns Weston, *International Lawlessness* in Grenada, in "The American Journal of International Law" Vol. 78, 1984, p. 172.

([46]) Rougier, A., La *Théorie* de *l'Intervention d'Humanité,* in "Revue Générale de Droit International Public" 1910, pp. 502 s.

([47]) Si veda Gaetano Arangio-Ruiz, *"Le domaine réservé" "L'organization* Internationale et le rapport entre Droit International et Droit Interne, in "Recueil des cours" de l'Académie de Droit International de la Haye, t. 225 (1990-VI): *Cours* général de droit international public de *1984,* Chapitre I, Sect.13, Par.3 in ispecie.

([48]) *Ibidem,* p. 88, passando a contestare che esistano, altrimenti, "les matières qui, étant, d'après les auteurs susmentionnés, essentiellement nationales, devraient ne pas former l'objet d'obligations interétatiques conventionnelles ou coutumières". Si tratterebbe, dunque, di materie "réservées, pour ainsi dire, par nature ou par principe", e Gaetano Arancio-Ruiz, *Le domaine réservé,* cit., affronta criticamente anche questo

Per la nozione in discorso sono invece il presupposto delle valutazioni giuridiche solo i dati fattuali che mettano in luce, caso per caso, l'evidenza di un "international concern" (una "faccenda' internazionale); nel senso, par exemple, que la question ou la situation présente des 'répercussions' extérieurs ou internationales, qu'elle touche ou affecte les intérêts d'un ou plusieurs 'autres' Etats, quelle détermine ou est susceptible de déterminer une 'friction' entre Etats ou un préjudice pour leurs 'relations amicales', éventuellement qu'elle constitue une 'menace' ou un 'danger', actuel ou potentiel, pour 'la paix et la sécurité internationales'" ([49]). E ad es. per l'intervento in Kosovo le osservazioni di Henry **A.** Kissinger rendevano piuttosto probabile la conclusione che "minacce attuali" e in particolare un "affare internazionale" (o international concern), per via di "una minaccia all'equilibrio, globale, come sostiene continuamente Clinton", erano "estremamente dubbie" ([50]).

Che se, d'altra parte, si viene a constatare un international concern, esso non può implicare, però, interventi con usi di forza che finiscano per trovarsi in contrasto con gli obblighi di ogni membro delle Nazioni Unite fissati dalla interpretazione della Carta secondo il principio ribadito per tutti dalla Assemblea Generale ([51]) del loro "inalienable right to complete freedom, the exercise of their sovereignty and the integrity of their national, territory, and that by virtue af that right, they freely deterrnine their politica1status and freely pursue their economic, social and cultura1 development". Ciò con la conseguenza d'obbligo che "no state shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the régime of another state, or interfere in civil strife in another state" pur senza, ovviamente, negare l'assunzione, in tema, di suoi doveri verso una Unione e/o per un Patto regionale ([52]).

---

tema nel suo complesso, intanto nelle Sezioni da 4 a 7 dello stesso Capitolo primo, e conclusivamente da p. 457 (§ 338) a 479.

([49]) Gaetano Arangio-Ruiz, ***Le** domaine réservé,* cit., p. 345, dopo un amplissimo esame della prassi, oltre alle pp. 346 ss., 351 ss., 403 ss., e *passim*.

([50]) V. le osservazioni di Henry **A.** Kissinger per il *"Los Angeles Times"*: in traduzione italiana, "La Stampa" 31 marzo 1999, p.8. Sotto codesto profilo, se mancano i presupposti dell'autoprotezione (o autotutela preventiva) la "rappresaglia" ove sia, anzitutto, giuridicamente ammissibile come *tale* in funzione di sanzione incontrerebbe in ogni caso quei limiti "sulla base di alcuni parametri o principi di carattere più generale" (buona fede in ordine alla "finalità umanitaria", assoluta necessità, rispetto stretto della proporzionalità e dello "effetto utile") invece del tutto elusi nell'atteggiarsi e nei fatti dell'intervento per il Kosovo da giudicarsi, quindi, illecito, senza "possibilità di sanatorie successive", Paolo Picone, La "Guerra *del* Kosovo, cit., pp. 343-360.

([51]) Res. 2131 (XX), U.N. Doc.A/RES/2131 (XX)/Rev. 1 (1966); adopted on the report of the First Committee (U.N.Doc. A/6220) (1953).

([52]) Si vedano per l'appunto la Risoluzione della Assemblea Generale delle N.U. del 21 dicembre 1965, in "The American Journal of International Law" Vol. 60, 1966, pp. 662-664;

Su codeste premesse andrebbe, in ogni caso, riconosciuta la liceità di un intervento con uso della forza a favore di persone umane private — e sia pure di propri appartenenti — come degli Stati Uniti a San Domingo (1965) soltanto quando lo Stato interveniente "has a relative disinterest in the situation, in the sense that its overriding motive is the protection of human rights, without important motives of a politica1 or other selfish nature being involved ([53]).

Ad ogni modo, rimane il fatto che non sempre è facile sceverare da altri elementi, forse preponderanti, la mera autotutela individuale o collettiva per l'emergenza d'un pericolo grave ed attuale per le persone umane attive (su basi legali) in paesi stranieri; autotutela eventualmente sostitutiva della protezione loro dovuta e fatta mancare dal governo locale ([54]). Ma è più agevole la verifica della mera autotutela nei confronti di persone "fedeli" ai governi che intervengono a favore dei loro interessi umani per una speciale connessione, allorché "Protectio *trahit* subiectionem et subiectio protectionem" giusta l'antico principio, come accennavo pure con riguardo al regime delle capitolazioni ([55]).

7. – Va tenuto presente, inoltre, il problema d'interventi con uso della forza indirettamente in favore di persone umane, in quanto tali, ma direttamente a sostegno delle Organizzazioni Non Governative che le difendano specialmente nelle situazioni d'emergenza, in paesi ove legittimamente si trovino ad operare ([56]).

Le difficoltà stanno nel riuscire ad evitare che le ONG si trasformino in strumenti di politica estera, e nell'impedire che una proliferazione delle

---

e prima la Risoluzione dell'O.S.A.: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES "Resolution Establishing the Inter-American Armed Force in the Dominican Republic" *adopted in the Third Plenary Session, Tenth Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, May 6, 1965,* in "The Am. Journ. of I.L." Vol. 59, 1965, pp. 987-988, che poneva problemi nel proporre un intervento — da verificare, peraltro, *nei fatti* — al *di* là della finalità umanitaria (in funzione, cioè, non solo della *"inviolability of human rights"* ma altresì *"as it sole purpose"*, della *"restoration of normal conditions in the Dominican Republic"* e dello, *"establishment of an atmosphere ... that will perrnit the functioning of democratic institutions"* oltre alle condizioni di sicurezza per tutti gli abitanti del paese).

([53]) VERWEY, W.D., *Humanitarian Intervention under International Law,* in "The Netherlands International Law Review" 1985, p. 388. Più in generale, sul punto, già Charles ROUSSEAU, *Droit International Public,* Paris, 1971, p. 49.

([54]) Cfr. Gaetano MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale* (Settima edizione riveduta), Padova (Cedam) 1967, p. 352.

([55]) Sul principio, nella sua origine prima, Giovanni BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto,* in "Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione" *Studi in onore di ROBERTO AGO, I,* p. 120.

([56]) Cfr. Paolo BENVENUTI, *Organizzazioni Internazionali Non Governative,* in "Enciclopedia del diritto" Vol. XXXI (1981), pp. 418 s., col. 2/1.

stesse eroda la purezza della "spazio umanitario": che, fra l'altro, ONG di dubbia provenienza negozino con qualche parte in guerra il loro accesso ai civili senza preoccuparsi delle Convenzioni di Ginevra e dell'attenzione che vi rivolge la Croce Rossa Internazionale, o di averne una legittimazione a operare, mettendo addirittura a repentaglio l'opera di protezione svolta dal Comitato Internazionale della Croce Rossa medesima ([57]). Ma se, da un lato, non sono mancate le critiche a taluni di quegli organismi umanitari ([58]), persino per essersi lasciati coinvolgere in operazioni che agevolavano processi di guerra, d'altro canto — e per una ipotesi di controllato progresso — il Sottosegretario Generale per gli Affari Umanitari nel quadro delle Nazioni Unite, Sergio Vieira de Mello, ha proposto la creazione di "squadre regionali di sicurezza umanitaria", addestrate ed equipaggiate per essere di supporto rapido per l'appunto al personale umanitario. *In quest'ottica* le squadre sarebbero composte da "truppe selezionate appartenenti *a* varie nazioni della regione interessata" ([59]).

In tutt'i casi, alcune Organizzazioni Non Governative hanno cominciato (dal 1994) a sviluppare consapevolmente "le competenze necessarie per raccogliere informazioni rilevanti e analizzare gli sviluppi politici e di difesa potenzialmente importanti", e attivare "un sistema globale di monitoraggio dei diversi paesi" anche per contribuire ad annunciare tempestivamente una crisi di emergenza umanitaria ([60]). Visto, inoltre, che già attualmente "è normale che le ONG ricerchino i segnali di carestie imminenti per avvertire gli agricoltori e per monitorare i prezzi del mercato" ([61]) e che per di più, sempre più, "dovranno divenire sensibili, a livello locale, ai segnali sociali e politici di coercizione di massa e intimidazione"su base etnica, razziale o di

---

([57]) V. *"Mean Times" Humanitarian Action in Complex Political Emergencies — Stark Choices, Cruel Dilemmas* by Michael BRYANS, Bruce D. JONES and Janice GROSS STEIN. *Report* of *the NGOs in Complex Emergencies Project,* in "Coming to Terms" Vol. I, No. *3,* (Centre for International Studies) University of Toronto, January *1999,* Traduzione italiana a cura del Comune di Venezia: COMUNE DI VENEZIA *Relazioni internazionali,* FONDAZIONE VENEZIA PER LA RICERCA SULLA PACE, *"Mean Times"* (nel duplice significato "tempi di mezzo" e "tempi crudeli, difficili". N.d.T.) e *Rapporto sul Progetto ONG nelle emergenze complesse,* p. *15.*

([58]) Cfr., ad es., BETTATI, M., *Le Droit d'Ingérence. Mutation de l'Ordre International,* Paris, *1996,* p. *253,* e Rony BRAUMAN *(Médecins Sans Frontières* per il Congo orientale) *"A chi vanno gli aiuti umanitari?",* in "Internazionale", Roma *7* novembre *1997,* specialmente p. *22.* V., fra l'altro anche per queste citazioni, e complessivamente, Patrik SAMBO, *Gli interventi umanitari e il ruolo della Croce Rossa Internazionale,* Tesi di laurea (Facoltà di Giurisprudenza della Università di Ferrara) Anno Accademico *1998-1999,* Capitolo Primo, specialmente il § 4.

([59]) V. *"Mean Times"* (Trad. it.), cit., p. *35.*

([60]) *Ibidem,* pp. *25* s.

([61]) *Ibidem,* p. *27* e John STREMLAU, *People in Peril: Human Rights, Humanitarian Action, and Preventing Deadly Conflict,* New York (Carnegie Corporation), *1998,* p. 52.

altro tipo ([62]), ecco bisognerà riprendere in codesto quadro e approfondire di volta in volta i dati fattuali degli interventi armati in via di autotutela (preventiva) di appoggio alle ONG per i diritti umani, in presenza di uno "intemational *concern*". Sotto lo stesso profilo va detto che i componenti delle Organizzazioni Non Governative non sono privi di collegamenti nazionali, per ogni ONG vuoi con uno solo vuoi con più governi ([63]) che intendessero intervenire per l'urgenza della loro protezione all'estero (secondo i principi della protezione diplomatica dei *"nationals"* di ciascuna potenza) contro emergenze di grave rischio, da respingersi con l'uso della forza nell'intervento in autotutela individuale o collettiva.

Va pure detto che la dimensione orizzontale, trasversale alle varie potenze, quando tenda con verità e trasparenza a favorire le persone umane attraverso pressioni in buona fede da governo a governo, sulla scorta di un monitoraggio reciproco — qual è da proporsi costantemente per il diritto umano all'ambiente ([64]) — ha da aprire intanto la via a *ritorsioni,* o preferibilmente ad incentivi, bene meditati (approfondendone lo studio) ([65]) in favore dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui singoli o associati, prima che sull'uso della forza. E va poi scartata senz'altro l'ipotesi su cui s'è inspiegabilmente sentita ([66]) una pericolosa insistenza: la formazione (con quale trasparenza?) di squadre di assistenza militare privata al servizio di (quali?) ONG. Vale a dire, una forza armata allo sbando, non collegata né al diritto interno né a quello internazionale e nemmeno alle regole di alcun partito o potere insurrezionale: quasi una 'mafia' *militare* senza confini.

In proposito sembra, piuttosto, indispensabile la copertura di sicurezza adeguata e conforme al diritto internazionale, per lo svolgimento delle

---

([62]) V. "Mean *Times"* (Trad. it.), cit., ult. loc. cit. e nt. 39, ivi.

([63]) Cfr. Paolo BENVENUTI, Organizzazioni Internazionali Non Governative, cit., pp. 409 e nt. 8, 410, 415 e nt. 33, in ispecie 416-417, 419 2ª col.

([64]) V. *Parliamentary Assembly* of the *Council* of Europe, Forty-Second Ordinary Session-*Recommendation* 1131 (1990) on *the environment* policy in Europe (1988-89), pp. 3, 4 (par. 13/m).

([65]) Cfr., ad es., ancora per il diritto all'ambiente, NICHOLAS, J. C., The *Need* for *an International Forum* to consider *Compensation for Environmental Preservation,* in Tribunale Internazionale *dell'Ambiente-Atti* del Convegno di Firenze, Roma, 1992, p. 458. E per l'esempio di una ritorsione americana verso l'Indonesia — per quanto modesta nella scelta — in tèma di diritti umani, v. Ricardo L. SALUDO, Indonesia, in "1994 Britannica Book of the Year" (Events of *1993),* p. 413: "In August citing human rights concerns, Washington vetoed Jordan's planned sale of U.S.-made F-5 fighter jets to Indonesia. It also threatened to withdraw certain trade privileges unless the conditions of Indonesian workers improved.

([66]) V. "Mean Times" (Trad. it.), cit., Sintesi-Rapporto *finale sul* Progetto ONG nelle emergenze complesse, seconda pagina, nonché 'Politica ed etica umanitaria': Tie modeste proposte, p. 31.

operazioni e realizzazioni umanitarie delle ONG ovunque, che sia prestata da singoli governi (o conglomerati di governi) ([67]), e dapprima internazionalmente predisposta per le situazioni di potenziale minaccia ai diritti umani o al soccorso umanitario e riservate, del resto, all'attenzione delle Nazioni Unite secondo il Capo VI della "Carta", con l'avallo delle opinioni che siano espresse ed eventualmente dibattute (a termini dei suoi artt.11-12 e 35) in seno all'Assemblea Generale ([68]) e con effetti di risonanza mondiale.

Occorre, infine, che il ricorso alla forza per la sicurezza delle ONG, nei casi di attacco armato o minaccia di attacco armato nel paese ospite, venga negoziato e controllato nel modo più trasparente ed unitario, attraverso canali uno dei quali (se non altro) potrebbe concretarsi nell'esercizio di una specifica competenza del Movimento della Croce Rossa Internazionale ([69]).

8. – Una volta che la garanzia della sicurezza come misura militare di umanità sia eletta a "bene pubblico" nei singoli paesi ospiti delle Organizzazioni Non Governative, sotto un controllo d'opinione allargato e, ancor più, psicologico diffuso a vari livelli, e pur vi sia un monitoraggio in qualche modo accentrato delle ONG rispetto alla probabilità di effettive violenze ([70]), ciò non può bastare ad evitarne i rischi per la salute o la vita delle persone umanamente e militarmente impegnate. Infatti la loro moderazione, nella piena buona fede dei rispettivi governi di appartenenza sotto la loro responsabilità collettiva potrebbe, nondimeno, provocare qualche governo locale o soggetto insorto nel paese in cui esse operino a un vero e proprio attacco armato o alla sua minaccia attuale.

Ciò, peraltro, darebbe libero corso al "diritto naturale" di autotutela nella sua applicazione allo attacco armato secondo l'art.51 della "Carta": reazione

---

([67]) *Ibidem:* La sicurezza dello spazio umanitario, e *La* sicurezza smette di essere un "bene pubblico", p. 34 e note ivi.

([68]) V. Flavia LATTANZI, Assistenza umanitaria e *intervento* di umanità, Torino (Giappichelli Ed.), 1997, pp. 54 ss., e per l'affidamento all'Assemblea Generale delle N.U. Giovanni BATTAGLINI, Il diritto internazionale come sistema di diritto comune, Padova (Cedam), 1999, cit., pp. 222 s., e nt. 201, a tutti gli effetti.

([69]) Cfr. Paolo BENVENUTI, Lineamenti e natura della Croce Rossa Internazionale e delle sue componenti, "La Comunità Internazionale" Quaderni N. 1, Padova (Cedam) 1983, pp. 5 s., specialmente 7 per i valori. che la caratterizzano, 12 per la estensione della sua attività "a tutte le ipotesi di soccorso umanitario", 29 per la sua peculiarità come organizzazione non governativa "costituita di entità appartenenti a differenti ordinamenti statali" (sotto il simbolo della croce rossa cui è parificato l'emblema della mezzaluna rossa utilizzato nei paesi di tradizione islamica), e "per il fatto che persegue un fine attraverso una attività destinata ad esplicarsi sul territorio di diversi Stati".

([70]) Cfr. "Mean *Times*" (Trad. it.), cit., pp. 20-21 in ispecie.

bellica individuale o collettiva finché il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite non prenda le diverse misure. E si tratterebbe sicuramente di guerra 'di difesa', perfettamente legittima ed inquadrabile a tutti gli effetti nel Capo VII dello Statuto, appunto, della Organizzazione Internazionale: e, nella fase di autotutela "in difesa legittima" ([71]), non suscettibile nemmeno d'esser soggetta ai limiti di una rappresaglia (per le condizioni di *"extrema ratio"* e *"proporzionalità"*).

ABSTRACT

An actual evaluation of aims and limitations in the international protection of human rights justifies a study of the international interventions also by force. The Author considers that legal perspective in the frame of a permanent "natural right" of self-defence for the system of general international law, not superseded by the United Nations Charter. This study is extendible to the protection of the NGO with responsability for the rights of men and women in the world.

Una valutazione attuale degli scopi e delle restrizioni nella protezione internazionale dei diritti umani giustifica uno studio degli interventi internazionali anche con uso della forza. L'Autore considera codesta prospettiva giuridica nel quadro di un "diritto naturale" permanente di autotutela per il sistema del diritto internazionale generale, non rimpiazzato dalla Carta delle Nazioni Unite. Questo studio è da estendere alla protezione delle ONG con responsabilità per i diritti di uomini e donne nel mondo.

([71]) Con il solo limite temporale dell'art. 51 della "Carta" delle N.U. ("jusqu'à ce que le Conseil de securité ait pris les mesures nécessaires..."), v. Francesco CAPOTORTI, Cours *général*, cit., p. 261. Ma soprattutto cfr., ampiamente, Gaetano ARANGIO-RUIZ, Difesa legittima (diritto internazionale), in "Novissimo Digesto Italiano" Vol. VI (1960), pp. 631 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

LAUREA HONORIS CAUSA

Il 10 novembre 2000, alla presenza della autorità cittadine, di un folto pubblico di docenti e studenti e di invitati del mondo accademico italiano è stata conferita dal Magnifico Rettore Prof. Francesco Conconi la laurea *honoris causa* in Giurisprudenza al Prof. Aris Accornero, ordinario di Sociologia industriale all'Università di Roma "La Sapienza". Pubblichiamo la *Zaudatio* del laureando, letta dal Prof. Gian Guido Balandi e la *Zectio doctoralis* del neodottore (*).

Laudatio

MAGNIFICO RETTORE, AUTORITÀ, STUDENTI, COLLEGHI, SIGNORE E SIGNORI

Aris Accornero è un sociologo. Così, semplicemente e non con il titolo accademico che gli compete, ha voluto essere appellato nel programma ufficiale di questa cerimonia.

Non è questa la sede per interrogarsi su qual scienza sia la sociologia: comunque la si voglia intendere, à *la* Comte o à *la* Habermas, passando beninteso per Max Weber, resta che i dati, i fatti, ne costituiscono un punto di riferimento, e un oggetto di studio, essenziale. Una scienza dunque che, almeno in alcune sue legittime varianti, parte dai fatti. E Aris Accornero ha affermato di recente: "come studioso io sono uno che si arrende sempre ai fatti". Il diritto, restando ad un pari livello di banalizzazione, rappresenta viceversa il "dover essere". La laurea in diritto ad un sociologo merita dunque qualche precisazione che ci porta finalmente alla biografia intellettuale di Aris Accornero.

Come ha scritto Miguel Rodriguez Piñero y Bravo-Ferrer, l'immediato predecessore di Aris Accornero nella non affollata galleria di dottori *h.c.* in

(*) Pubblicata con lo stesso titolo in Lavoro e diritto, 2001.

Giurisprudenza di questa Università, il diritto del lavoro è sempre stata una disciplina molto aperta alla realtà sociale ed economica; ma proprio per questo è più dipendente di altri rami del diritto dall'evoluzione della società e dell'economia. Superando, per ciò, e non è stato facile, gli anatemi del — peraltro contestato — fondatore che scriveva — or volge un secolo — del diritto del lavoro i cui "contorni sfumano nella nebbie della cosiddetta 'sociologia'". Non solo altro dal diritto, dunque, ma persino "cosiddetta" e nebbiosa, la sociologia. Chissà — viene da chiedersi — se Ludovico Barassi avesse avuto la ventura di leggere i libri di Aris Accornero .... Oggi, con questa laurea, si vuole dunque anche suggellare — con la solennità che l'evento comporta — il positivo rapporto, quasi l'osmosi, che si è venuta stabilizzando tra il diritto ed in particolare il diritto del lavoro, e le altre scienze della società. E ciò è potuto accadere non per astratto volontarismo, ma proprio per l'alto merito di studiosi come Aris Accornero.

Fin dall'esordio, Aris Accornero si è costantemente occupato di temi e problemi contigui a quelli di cui si occupano i giuristi del lavoro. Spesso, anzi, c'è una identità di contenuti che la diversità di motivazioni non ha alterato nemmeno nei giovanili *Fiat confino* (1959) e *Consigli di Gestione alla Riv* (1964) e nel più maturo *Gli anni '50 in fabbrica* (1973), che pure hanno l'impianto dei documenti elaborati da un osservatore interno, tutt'altro che estraneo alle vicende narrate.

E qui si colloca una dato biografico che evidenzia la singolarità della laurea che oggi l'università di Ferrara conferisce ad Aris Accornero: egli infatti non ha compiuto studi regolari. Entrato giovanissimo in fabbrica ha lavorato come operaio fino al 1957 per poi sviluppare una brillante camera di studioso non laureato, prima come giornalista, poi alla direzione di *Quaderni di rassegna sindacale* e della Sezione ricerche sociali del Cespe, per approdare, nel 1980, alla Cattedra di sociologia industriale alla Sapienza. Una bella eccezione, in una Università — quella italiana — della quale si dice — non a torto — che sovente spreca talenti o li obbliga ad emigrare, che seppe in quel caso mostrare un soprassalto di dignità, recuperando risorse che, per quanto preziose e riconoscibili, la sua autoreferenzialità corporativa le permette tranquillamente di ignorare.

In quei primi lavori l'approccio è deliberatamente descrittivo e si intreccia con spunti critici che rompono la pacatezza della prosa. L'attenzione è incentrata soprattutto sulle tipologie dei lavoratori e l'organizzazione sindacale. Già in quegli scritti, insomma, affiora con precisione di contorni una propensione che fa di Aris Accornero uno scrittore tra i più rappresentativi (non solo) di sociologia: il tono è sorvegliato, l'analisi distaccate e scevra di pregiudizi, ma la partecipazione emotiva dell'autore trapela di quando in quando, vincendo la fredda scrupolosità dell'analisi empirica.

Questa prima fase — sempre che sia lecito spezzare in periodi una vita di lavoro così intensa e continua — culmina nel grande volume degli Annali

Feltrinelli della metà degli anni '70, nel quale coordina sapientemente le opinioni e le interpretazioni dell'universo intedisciplinare — giuristi inclusi — di studi sul movimento sindacale.

In una situazione — quella della ricerca in Italia — caratterizzata da una relativa povertà di studi di sociologia del lavoro, sociologia industriale o relazioni industriali, Aris Accornero prosegue poi il suo impegno dedicando attenzione al mercato del lavoro, fino alla pubblicazione de I paradossi della disoccupazione, che già nel 1986 metteva in luce l'eterogeneità della condizione di disoccupato e la non linearità del passaggio tra lavoro e non lavoro. In tal modo ha fornito al giurista che si interrogasse sulle regole di governo del mercato del lavoro spunti di riflessione innovativi, rispetto alla nozione stereotipata di disoccupazione, trasmessa dalla legislazione, e tuttalpiu arricchita dell'aggettivo "involontaria" dell'art. 38 della Costituzione.

Le fasi del percorso di ricerca al quale ho fatto cenno non si susseguono peraltro meccanicamente: è del 1980 un volume che comincia a rendere palese, fin dalla intrigante ambiguità del titolo Il lavoro come ideologia, un percorso di laicizzazione dell'approccio al lavoro, alla sua organizzazione in fabbrica e alle sue organizzazioni rappresentative, che toccherà il punto più alto della sua compiutezza formale nelle due monografie degli anni '90: La parabola del sindacato (1992) e Era il secolo del *Lavoro* (1997).

Del primo, che porta il significativo ed illuminante sottotitolo "ascesa e declino di una cultura", vorrei dire che ha costretto i giuslavoristi a riflettere sul valore (p. 30) dell'egualitarismo, che Accornero propone quale motore di tutta la vicenda sindacale indagata, che costituisce, di tutti i possibili fattori determinanti lo svolgimento e l'attività di una organizzazione come il sindacato, quello più immediatamente traducibili in termini giuridici. Ecco un "essere" che reagisce su un "dover essere" provocando aperture di prospettive e mutamenti di scenari ancora in corso.

Del secondo dirò solo che racchiude il completo ciclo evolutivo del sistema produttivo coevo allo sviluppo del diritto del lavoro — e più in generale delle istituzioni dello Stato contemporaneo — illuminandone le basi materiali e l'ordito sociale che le sorregge. Aris Accornero lavora sui dati. Anche se per lui contano in prevalenza quelli quantitativi e statistico-economici, il trattamento a cui li sottopone gli permette di leggerli in chiave ricostruttiva delle tendenze storico-culturali di cui sono espressione. Ed è così tratto ad assistere — e a puntigliosamente documentare — al passaggio dal lavoro — che un collega brillante scrittore ci rammenta spesso esse stato a lungo scritto con la *elle* vergata rispettosamente in maiuscolo — ai lavori, quali pluralità di condizione umana e sociale del cittadino del ventunesimo secolo. Ed è facile anche per i non specialisti comprendere come questo cambi la prospettiva di un diritto del lavoro, che di maiuscole ancora ne conosce tante!

Una componente essenziale delle relazioni industriali, come si sono venute sviluppando nel corso di tutto il XX secolo, é costituita dal

conflitto. Dalla celebrazione di uno sciopero finito in tragedia é nata la festa del Primo Maggio. Lo sciopero é cantato con allegra baldanza o con tristezza in tutto il canzoniere proletario. Aris Accornero di scioperi probabilmente ne ha fatti molti, tra il '46 ed i1 '57; di certo li ha studiati con attenzione, negli anni successivi fino al 1990; ma dal 1990 al 1996 ha contribuito a regolare quelli che si svolgono nei servizi pubblici essenziali. Non é il banale itinerario di vita da incendiario a *pompier*, deridere il quale é sempre stato caro al qualunquismo conservatore. La trasformazione del conflitto, delle sue forme e del suo significato, é stata una delle spie più ricche di implicazioni per la comprensione dell'evoluzione della società incentrata sul lavoro ed in particolare sul lavoro salariato. Fino ad arrivare alla paradossale condizione sperimentata nell'ultimo quindicennio del secolo — che Otto Kahn Freund aveva lucidamente previsto da almeno un paio di lustri — dal cittadino che un giorno é scioperante e un giorno é vittima e ostaggio di scioperi di altri suoi concittadini, come succede nella società dei servizi.

Aris Accornero ha fatto parte, su designazione dei Presidenti delle Camere e per nomina del Presidente della Repubblica, della Commissione di garanzia voluta dalla legge 14611990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali per esercitare un controllo degli orientamenti di un'esperienza applicativa che si preannunciava tutt'altro che facile.

Aris Accornero ha contribuito con sapienza e senso della misura a far decollare l'innovativa istituzione senza sbandamenti, ma anche senza tentennamenti. Inoltre, quella legge presentava un carattere anche sperimentale che la rendeva bisognosa di aggiustamenti in itinere. Gli aggiustamenti, nei limiti del possibile, non sono mancati e hanno ottenuto l'*imprimatur* dalla recentissima riforma operata dalla legge n. 8312000, e non vi é dubbio tra gli addetti ai lavori che l'apporto creativo di Aris Accornero è stato determinante. Infine, e qui prendo a prestito le parole di un amico comune, "quelli con cui è stato per sei anni consecutivi in contatto permanente non erano giuristi di primo pelo. Ciononostante, Aris è soprawissuto. Tenuto conto della straordinaria pericolosità della compagnia, forse anche solo questo gli varrebbe la laurea *h.c.*".

La tensione ad interpretare in maniera equilibrata una realtà in movimento — a volte un movimento accelerato se non concitato, a volte di una lentezza esaperante — senza la pretesa di rinchiuderla entro schemi prefabbricati, senza *fideismi* e senza catastrofisrni, si traduce in uno stile letterario piano ma che non pregiudica la complessità del ragionamento con la levità delle parole. Mi piace qui riportare una frase dall'ultimo libro — L'ultimo *tabù* (1999) — dove uno dei drammi storici delle politiche progressiste, dal Rinascimento in poi, é così mirabilmente sintetizzato e reso coerente al contesto: "Del resto — scrive Accornero a proposito dei possibili controlli sull'effettiva applicazione di una legge sulle 35 ore — la coercizione benintenzionata é il tratto poco simpatico di tutte le utopie".

Aris Accornero é un sociologo, che, come ho cercato di illustrare ha molto insegnato ai giuristi, soprattutto che il diritto — in particolare del lavoro — è un costrutto storico, che non ha nulla di ontologico, e che, malgrado la radicalità dei cambiamenti, la sua evoluzione si compie lentamente e con la fatica delle donne e degli uomini.

Forse noi giuslavoristi siamo un poco invidiosi: quale migliore strumento, allora, per vincere questa piccola invidia, che quello di cooptarlo tra di noi ? Così potremo dire, tutti insieme, di essere un poco migliorati.

Magnifico Rettore, come vuole il rito, chiedo dunque, che Aris Accornero sia accolto tra i dottori della nostra Università.

Lectio doctoralis

IL LAVORO CHE CAMBIA E LA STORICITÀ DEI DIRITTI

SOMMARIO: 1. La lettura dei cambiamenti. — 2. Il fulcro dei cambiamenti. — **3.** La portata dei cambiamenti. — 4. Collocamento pubblico e «lista numerica». — 5. La disarticolazione dei trattamenti. — 6. Mito e realtà del «posto fisso». — 7. La discontinuità dei tragitti. — 8. Diritti e sorti dei lavoratori.

1. *La lettura dei cambiamenti*

I cambiamenti in atto nel lavoro configurano una grande trasformazione che porta nel nuovo secolo un carico di preoccupazioni maggiore del carico di speranze. Le paure non vengono da uno scenario ipotetico quale la fine del lavoro, né da uno scenario reale quale la disoccupazione di massa, che pure ci angustia. Vengono da tendenze che sembrano mettere in causa i diritti dei lavoratori e rendere obsoleto il diritto del lavoro: «il diritto del secolo», come è stato chiamato con riferimento al Novecento.

La conseguenza più nota e più vistosa è stata così stilizzata: «Il contratto di lavoro stabile a tempo pieno e indeterminato non è più la stella polare del diritto del lavoro» (Romagnoli 1994, p. 195). E questa è considerata da molti come la perdita o quasi di un diritto di cittadinanza. Ci si chiede quindi a che cosa essa si debba, chi ne abbia eventualmente tratto vantaggio, quali alternative si sarebbero potuto dare, quali conseguenze ne potrebbero venire, quali risposte o rimedi sarebbe bene approntare. E'un approccio ragionevole ma è non all'altezza del problema.

L'ipotesi di un'erosione dei diritti si accompagna spesso a una lettura che descrive i cambiamenti del lavoro in termini di «precarizzazione» e che li attribuisce a processi con forte valenza politica. Invalso è il riferimento al cosiddetto modello anglosassone e ai governi di Reagan e della Thatcher, sebbene all'epoca i fenomeni in questione stessero avve-

nendo anche altrove ([1]). Altrettanto tipica è la rappresentazione che fa risalire i cambiamenti del lavoro al liberismo e alle privatizzazioni, senza spiegare se essi siano le cause oppure le conseguenze del post-fordismo.

Una siffatta individuazione delle forze e degli agenti che spiegherebbero e connoterebbero i cambiamenti del lavoro non può soddisfare, se non altro perché sposta il peso dei fattori causali troppo all'esterno dei cambiamenti stessi. E'come se non Frederick W. Taylor e Henry Ford ma i governi statunitensi dell'epoca fossero stati fautori e promotori del taylor-fordismo, mentre sappiamo che perfino il compromesso fra taylor-fordismo e *welfare state* manca di una matrice politica così diretta, come mostrano le tormentate vicende legislative del New Deal e del Wagner Act.

Una variante interpretativa dei cambiamenti in atto nel lavoro è il *dumping sociale* di cui sarebbero responsabili i paesi in via di sviluppo il cui basso costo del lavoro consente grossi vantaggi competitivi a spese delle garanzie assicurate ai lavoratori dell'Occidente. Sarebbe facile rispondere che quei paesi fanno pagare all'Occidente le diseguaglianze di ieri, di fronte alle quali erano indifesi, con uno sviluppo ben maggiore del prodotto e con una tutela ben minore dei lavoratori. (Una tutela destinata peraltro a crescere ovunque ci sia un po'di democrazia e di sindacato: a Taiwan è stata approvata nel 2000 una legge che fissa un massimo di 80 ore lavorative ogni due settimane ([2])).

Si tratta insomma di linee interpretative che impediscono di cogliere appieno qual è il fulcro e il senso della transizione in atto fra modello taylor-fordista e modello post-fordista. Visto che le maggiori conseguenze sul lavoro sembrano venire dai nuovi rapporti fra impresa e mercato, sarebbe meno vano chiedersi allora chi ha dato e chi da i maggiori impulsi: l'impresa o il mercato?

Una ricaduta particolarmente nociva è che si rischia non tanto di politicizzare quanto di de-storicizzare gli effetti giuridici temuti o lamentati: il diritto si esercita sui soggetti, non sui processi. Ma le forze o gli agenti che fossero ipoteticamente responsabili di passaggi storici come quello fra modello taylor-fordista e modello post-fordista non avrebbero potuto cambiarne la componente strutturale né l'ampio respiro. E di fronte ai cambiamenti già avvenuti e a quelli tuttora in corso, il mondo del lavoro e gli operatori del diritto si troverebbero a fronteggiare gli stessi problemi anche se i governi fossero stati altrimenti orientati o composti. La transizione al post-fordismo era infatti insita nel meccanismo stesso del taylor-fordismo quale stadio ulteriore della produzione capitalistica come produzione di bisogni.

([1]) In Italia il cambiamento fu avviato con il «decentramento produttivo» dei primi anni Settanta .

([2]) Nei paesi che stanno dandosi un assetto industrial-capitalistico,il diritto del lavoro deve ancora «percorreretutta la sua strada» (Ferraro, p. 655), altrettanto dicasi delle organizzazioni sindacali.

2. *Il fulcro dei cambiamenti*

Il fulcro dei cambiamenti è la transizione al modello post-fordista, non alla cosiddetta fase post-industriale. E'una transizione che è iniziata da un quarto di secolo con la crisi delle grandi dimensioni, e che non ha avuto padri putativi: Edwards Deming e Taiichi Ohno non sono il Taylor e il Ford del post-fordismo, il quale è semplicemente e logicamente venuto *dopo* il successo e la crisi del taylor-fordismo.

Sia le preoccupazioni sia le speranze per il lavoro originano dunque da un modello di produzione e di consumo che pone la propria dinamica nelle mani del cliente, il quale decide sull'utilità marginale dell'ultimo articolo ordinato. Al limite, il circuito si chiude quando per un lavoratore temporaneo scatta la missione urgente che deve soddisfare l'ordinativo urgente fatto poco prima da lui stesso come consumatore. Il post-fordismo è questo rispecchiarsi vicendevole del lavoratore nel consumatore. Tutte le novità si compendiano dunque in un meccanismo adattivo che si pungola da sé. L'impresa cerca di raggiungere la clientela potenziale modellando l'offerta sul singolo consumatore, le cui scelte di mercato determinano una incredibile variabilità della domanda. Questo evolversi del modo di produrre dalla *rnass production* alla *lean production* innova profondamente le basi di mercato dell'industria e costituisce quindi un grande cambiamento nella storia sociale.

Dalla necessità di rispondere alle fluttuazioni discendono ineludibili bisogni di flessibilità operativa ai quali l'impresa ha risposto facendosi leggera, agile e snella per restare e per competere sul mercato. Ciò ha cambiato l'impresa ribaltando la logica delle economie di scala e dell'integrazione verticale, tant'è vero che la dimensione media dell'impresa diminuisce, che la quota degli occupati nelle imprese minori aumenta, e che il sistema delle imprese si sta disponendo e articolando in orizzontale.

La maggiore flessibilità operativa e la maggiore reattività agli *shock*, tipiche della piccola dimensione, sono state favorite dalle tecnologie della comunicazione che hanno offerto mezzi e opportunità per ridurre il divario strutturale e il dislivello competitivo rispetto alla grande dimensione, al di là della circostanza che «piccolo è flessibile». Ciò alimenta una demografia d'impresa vorticosa che connota tutto lo scenario dei cambiamenti e non soltanto la *new economy*. Il saldo è positivo perché nascono più imprese di quante ne muoiono, ma con una vita più breve perché sono più frequenti le modificazioni societarie quali le acquisizioni, gli scorpori e le fusioni.

Si arriva a forme di volatilità invero spinte. Ci sono micro-imprese che si strutturano intorno ad un'attività a termine o a uno specifico obiettivo, e che si contraggono fin quasi alla dimensione zero una volta che cessa quell'attività o che l'obiettivo viene raggiunto. Così funziona tanta industria dell'intrattenimento, della cultura, delle vacanze, della devo-

zione, della "convegnistica", che del resto sta espandendosi in modo impetuoso. Rispetto alle molte imprese diventate flessibili grazie a una struttura a stella o a ragnatela, queste sembrano addirittura virtuali: talune durano lo spazio di un lavoro e impiegano quasi soltanto mano d'opera a giornata o a prestazione. Variabili quali la globalizzazione e la finanziarizzazione spiegano poco perché non hanno generato ma soltanto accelerato questi processi, i quali non investono soltanto il sistema delle imprese manifatturiere private ma un po'tutte le attività economiche di mercato.

A partire dagli anni Settanta, la dimensione più efficiente degli impianti e il minor numero di addetti per unità aziendale hanno così ridimensionato e poi abbattuto i tipici effetti di concentrazione e di massificazione della fase taylor-fordista, rendendo più elastico l'apparato produttivo e un po'più appagante il modo di lavorare. Quelle esperienze hanno anticipato alcuni requisiti del lavoro post-fordista, basato su una combinazione di autonomia individuale e di cooperazione collettiva. E toccato pertanto alla piccola impresa contrassegnare il futuro del lavoro (Accornero 1978 e 1996), come quella di media dimensione aveva fatto nell'Ottocento e quella più grande nel Novecento. Nulla intende delle trasformazioni in atto chi omette questo dato, tanto più in Italia (Traù 1999). Le grandi fusioni e le grandi acquisizioni danno luogo a gruppi enormi ma strutturati su imprese più piccole di quelle che avevano dominato e conformato il secolo scorso: la Manpower vanta più dipendenti e molte più sedi della General Motors. È così che i luoghi dove si lavora crescono di numero e calano di dimensione, per cui si trovano ovunque spezzoni di lavoro e persone che lavorano, sia come dipendenti che come autonomi, con calendari complicati o in ore insolite o senza orari, e magari da casa.

Dopo avere trasformato il *modus operandi* del taylor-fordismo e abbandonato la logica della produzione di massa per reagire alle difficoltà e alle turbolenze, le imprese chiedono la massima flessibilità del lavoro e la massima de-regolazione del mercato del lavoro. In tal modo reagiscono anche alle rigidità che il *trade-off* fra modello taylor-fordista e "cittadinanza industriale" aveva introdotto nel lavoro e nei mercati, quando li aveva uniformati alla produzione di massa. Ciò sta mettendo in causa il modello di regolazione sociale, chiamato anche «compromesso fordista-keynesiano» o «rapporto salariale fordista», che risarciva la piena subordinazione con la piena tutela.

L'impresa si è fatta flessibile e si aspetta che il lavoratore sia altrettanto flessibile. È questo che sta cambiando il lavoro: gli imperativi del mercato. L'elasticità della prestazione al mercato si ottiene con modalità di impiego che intaccano il modello di lavoro a tempo pieno e a durata indeterminata perché prevedono orari più corti, durate più corte, o tutt'e due. Per questo il mercato appare oggi minaccioso come lo era ieri la tecnologia. Infatti un secolo fa le paure venivano dalla tecnologia e un sociologo come Thorstein

Veblen rispondeva a interrogativi angosciosi sulle conseguenze umane del macchinismo industriale. Oggi invece le paure vengono dal mercato e un altro sociologo, Richard Sennett, si pone interrogativi angosciosi sulle conseguenze umane del lavoro flessibile.

Da qui, dal mercato ben più che dalla tecnologia, partono movimenti profondi che investono innanzitutto la natura della prestazione. I contenuti del lavoro diventano più cognitivi, più cooperativi, più polivalenti e più coinvolgenti per cui c'è una minore esecutività perfino in certe attività manuali o standardizzate. Servono doti «femminili»quali attenzione, relazionalità, cura. Ciò apre prospettive fino a ieri impensabili: veniamo da un secolo nel quale i sociologi studiavano l'oppressione dovuta alla monotonia e alla ripetitività,mentre adesso devono studiare l'ansia generata da variabilità e incertezze che stressano il lavoratore anziché abbatterlo. Ieri il sintomo era la noia, oggi la frenesia. Ieri il problema era la rigidità, oggi la flessibilità. Molti soffrivano il livellamento e la massificazione dei compiti, che oggi invece cambiano in fretta, crescono in fretta, evolvono in fretta. Poiché nel post-fordismo c'è ancora molto fordismo, il nuovo è tuttora ambiguo: basta pensare alla più parte dei *call center* o ai magazzini Carrefour; oppure al fatto che la fatica viene abbattuta ma non così gli infortuni.

Movimenti altrettanto profondi investono i terrnini della prestazione. I rapporti di lavoro diventano infatti meno subordinati, meno uniformi, meno durevoli, meno stabili, e fra loro compaiono o ricompaiono forrne atipiche, nel senso che rispondono a regole diverse da quelle consolidate (Freeman 1994). In tal modo i rapporti di lavoro si disancorano dai principi, dai parametri e dalle norme che regolavano la prestazione nel Novecento. Con svariate conseguenze. Ad esempio ciò introduce una disarticolazione di trattamenti collettivi fra lavoratori che operano con mansioni simili all'interno della medesima impresa o addirittura nella medesima sede. Ma soprattutto introduce una discontinuità nei tragitti individuali con la crescita e la reiterazione di contratti a termine o impieghi temporanei che, rendendo intermittente l'occupazione, scompaginano le carriere: una «fine del posto fisso» che viene percepita come una minaccia ai rapporti di lavoro e alla sicurezza sociale.

Ambedue questi movimenti si riflettono poi sui mercati del lavoro, dove domanda e offerta si fanno più selettive, il che da un lato *atomizza* l'incontro perché l'impresa stenta a fare previsioni e il lavoratore a orientarsi sugli impieghi, e dall'altro lo *personalizza* perché ambedue le parti tendono a giocare ogni assunzione su requisiti più mirati (Whiddett e Kandola 2000). Infatti cresce la gamma delle professioni pur senza un'ascesa generale della professionalità. Nascono più mestieri di quanti ne muoiono e servono sia professioni nuove sia skill stagionati: insieme a *knowledge workers* e a specialisti di *e.business,* ci vuole ancora (e spesso non si trova) chi costruisce stampi, chi salda a elettrodi, chi affetta le carni, chi accudisce i malati, chi assiste gli anziani, chi custodisce le banche.

3. La portata dei cambiamenti

L'effetto congiunto dei cambiamenti nei contenuti del lavoro e nei rapporti di lavoro risulta ambivalente perché descrive uno scenario di maggiore autonomia e di minore stabilità, attestate l'una dalla minore esecutività insita nella natura della prestazione e l'altra dalla maggiore incertezza insita nei termini della prestazione. Da un lato la maggiore autonomia ci autorizza a pensare che stia migliorando la qualità del lavoro: su questo punto non c'è nulla del Novecento che si debba rimpiangere. Dall'altro lato la minore stabilità ci fa temere che stia peggiorando la tutela del lavoratore: su questo punto c'è invece qualcosa del Novecento che si potrebbe rimpiangere, proprio nel campo dei diritti.

Non è detto che una maggiore autonomia nel lavoro sia necessariamente in conflitto con una minore stabilità del lavoro, ma l'idea che la qualità del lavoro tende a crescere mentre la tutela del lavoratore tende a diminuire spiega i contrastanti giudizi dati dagli osservatori e le incertezze diffuse nell'opinione pubblica perché mette in dubbio approdi consolidati della giurisprudenza, della contrattazione, perfino del senso comune.

Sotto una diversa angolatura questo scenario contraddittorio ci dice inoltre che l'impresa chiede ai lavoratori una maggiore implicazione interna mentre la società offre loro una minore copertura esterna, come mostrano anche il prevalere di interventi de-regolativi e le difficoltà delle riforrne nel campo del lavoro. A sua volta, ciò evidenzia una sproporzione fra gli elementi partecipativi già insiti nelle modalità del lavoro post-fordista e la carenza di forme partecipative che vadano al di là del processo lavorativo e del singolo lavoratore. Tutto ciò sembra riproporre una dicotomia «rigidità *versus* flessibilità», che coinvolge il lavoro subordinato come quello autonomo, e che incoraggia atteggiamenti di rifiuto.

La grande trasformazione in atto potrebbe essere contraddittoria come quella ricostruita da Karl Polanyi e, come quella, rivelarsi tanto devastante quanto provvidenziale per il mondo del lavoro. È un passaggio storico di cui bisogna cogliere tutta la portata ponendo il dovuto accento sugli elementi endogeni e dando conto delle ragioni dell'impresa e del mercato, anziché vedere soltanto il contesto delle scelte politico-economiche ed esorcizzare quindi il nocciolo duro delle dinamiche. Non aiuta a capire chi descrive lo svolgersi di vicende storiche come se fossero traiettorie che salgono o scendono linearmente e indefinitamente. Non basta neppure la passione sociale, perché spinge a interpretare quel che cambia più che a studiarlo. Certo, quando nella storia si incontrano passaggi di questa portata è molto difficile rimanere freddi o rinunciare ai propri pregiudizi. Però è indispensabile. Altrimenti non si riesce a comprendere di che cosa si soffre, e tanto meno a influire sui processi.

Rievocherò dapprima la vicenda normativa della «lista numerica)) e del collocamento pubblico, i cui risvolti sono essenzialmente politico-sociali.

Esaminerò poi due novità già richiamate, cioè la disarticolazione dei trattamenti nell'impresa, che presenta caratteri spiccatamente tecnici, e la discontinuità nei tragitti lavorativi, o «fine del posto fisso», di cui cercherò di individuare le radici e di indicare una prospettiva critica. Cercherò infine di tratteggiare il sistema del lavoro, o dei lavori, quale la grande trasformazione profila, con qualche indicazione di prospettiva per gli operatori del diritto e per il mondo del lavoro.

4. Collocamento pubblico e «lista numerica»

La vicenda che in Italia ha travolto il vecchio assetto del collocamento pubblico è quella che meglio illumina sul senso dei «diritti perduti» e che spinge quindi a ragionare sulla storicità dei diritti. Data la rilevanza degli elementi politici, culturali e simbolici che l'hanno accompagnata, è una vicenda che ricorda molto da vicino quella della «scala mobile». Il loro smantellamento si ebbe del resto ad anni Novanta già iniziati. Quell'assetto del collocamento pubblico e quel meccanismo di indicizzazione salariale sono stati infatti i bastioni più muniti e più difesi di tutto il sistema di garanzie del secondo dopoguerra.

Il cuore del vecchio collocamento pubblico stava nei principi sociali che ispiravano la normativa sulla «lista numerica», concepita come fondamento di giustizia distributiva. Il diritto al lavoro promesso dalla Costituzione aveva ispirato il Parlamento repubblicano nel modellare i principi del collocamento di mano d'opera rifacendosi alla Carta del lavoro fascista e, più blandamente, alle norme del regio decreto legge 21 dicembre 1938. Infatti la legge n. 264 del 1949 aveva attribuito allo Stato il compito di amministrare i posti di lavoro esistenti preparando graduatorie che garantivano la precedenza in base all'anzianità di iscrizione e alle condizioni di famiglia, e poi autorizzando le avvenute assunzioni tramite registrazione. Il collocamento pubblico non era tenuto a cercare un posto a chi l'avesse perduto ma soltanto a informarlo sulle eventuali richieste di assunzioni presentate dalle imprese per i lavoratori comuni.

Com'è noto, dalla «lista numerica» l'imprenditore doveva attingere almeno metà degli assunti, quelli indicati dagli Uffici di collocamento, salvo non confermarli dopo il periodo di prova; le assunzioni dei lavoratori qualificati avvenivano invece in base a una «lista nominativa». La dista numerica» aveva funzionato soprattutto nel periodo delle migrazioni interne, quando le grandi imprese del Nord assumevano mano d'opera comune a blocchi in base a un principio di precedenza che diventava un diritto.

Nessuno aveva messo in causa questo assetto quando il sistema politico era retto da un «bipartitismo imperfetto» in cui comunisti e cattolici prendevano le difese dei più deboli per proteggerli dal mercato. Ma dopo trent'anni si constatò che il diritto al posto, garantito da quella norma,

tutelava una minoranza di disoccupati senza qualifica e non influiva sul funzionamento del mercato del lavoro. Gli awiati al lavoro su richiesta numerica erano il 10-12 per cento degli assunti regolari in possesso di nulla-osta. Potendo scegliere di rivolgersi direttamente a lavoratori già occupati, e dovendo invece accettare i disoccupati indicati dagli Uffici di collocamento, molti imprenditori cercavano infatti di scansare il collocamento. Erano anche nate delle agenzie private che aggiravano i severi divieti all'interposizione di mano d'opera posti dalla legge n. 1369 del 1960.

Quando alfine si pose l'esigenza di rivedere la dista numerica», a chiederlo con più forza furono proprio i giuristi del lavoro impegnati nell'azione quotidiana di difesa dei diritti dei lavoratori (Smuraglia 1981; Ichino 1981). Le resistenze furono fortissime, specie quelle dei parlamentari delle commissioni Lavoro della Camera e del Senato, non di rado ex sindacalisti, i quali avrebbero poi difeso altrettanto strenuamente il principio del monopolio pubblico del collocamento, già abbandonato da paesi come Svezia e Germania, e condannato dalla Corte di giustizia europea ([3]). Con prowedimenti disparati, le pubbliche autorità avevano nel frattempo trasformato le liste di disoccupazione in elenchi che davano diritto a svariati benefici avulsi dal posto di lavoro; in pochi anni ciò gonfiò le liste spingendo il Parlamento a vietare nel 1991 un uso surrettizio delle liste di disoccupazione. Ma senza risultati, per cui con l'andar del tempo si determinò una tale discrepanza fra il dato statistico e quello amministrativo da mettere in cattiva luce il paese nei confronti internazionali.

Notevoli sono stati i danni del sistema ora abbandonato, che per quasi mezzo secolo ha tutelato il lavoro più del lavoratore limitandosi ad assicurare un «diritto» consistente di fatto in un semplice attestato di precedenza. Il servizio pubblico svolgeva infatti una funzione passiva, assistenziale e notarile che burocratizzava l'awiamento al lavoro, trascurava la formazione professionale, ignorava la disciplina della mobilità e ometteva la rilevazione delle qualifiche. È stato il prezzo del tacito *do ut des* fra l'elevata protezione del posto, il basso sussidio di disoccupazione e l'infima capacità di ricollocazione.

Le persistenti angustie del collocamento pubblico, confermate anche dalle blande «disposizioni sull'incontro fra domanda e offerta di lavoro» contenute nello schema di decreto legislativo del 25 febbraio 2000, spiegano oggi le comprensibili brame delle agenzie d'interinale sui servizi pubblici all'impiego: loro hanno mostrato di sapere selezionare e di sapere collocare incontrando le persone che cercano lavoro. Un colloquio di orientamento entro sei mesi dall'inizio dello stato di disoccupazione è ben poco ed è troppo la perdita dello stato di disoccupato per chi non accetterà il lavoro offerto dai

---

([3]) Nel 1997, con la convenzione n. 181, il Bureau International du Travail aveva del resto ribaltato l'opposta convenzione n. 96 del 1949.

servizi per l'impiego. Come è stato osservato, noi «minacciamo sanzioni prima ancora di avere assicurato un servizio».

E una eredità che pesa sulla riforma in atto, basata su un decentramento regionale dei vecchi uffici e su una inforrnatizzazione centralizzata che stentano a decollare. Non avendo mai svolto politiche attive sul posto e sui singoli, il servizio pubblico ha lasciato insomma in Italia un grosso vuoto, che è stato parzialmente ma rapidamente colmato dalle agenzie di lavoro temporaneo operanti alla luce del sole (4).

5. *La disarticolazione dei trattamenti*

Vi sono imprese nelle quali l'unità contrattuale è stata scomposta attraverso modifiche degli assetti produttivi o societari. Questa disarticolazione dei trattamenti viene generalmente attribuita all'intento di ridurre i costi di produzione, i quali spiegano l'estensione ma non la necessità di queste operazioni, da cui potrebbero anche derivare aumenti dei normali costi di transazione. I giuristi del lavoro hanno studiato la questione con perspicacia. Che cosa è accaduto e che cosa ha comportato?

Il processo di integrazione industriale realizzato *in verticale dentro l'impresa* ha preso dopo un secolo la direzione opposta e si sta ora realizzando *in orizzontale tra le imprese*. Ciò ha posto fine all'autosufficienza della struttura organizzativa e del flusso di produzione: mentre le imprese minori dei sistemi locali cercano di organizzarsi come quelle maggiori, queste si riorganizzano come un insieme di imprese minori. Beninteso, tutte quante allacciano anche relazioni con altre imprese, esterne al contesto locale o nazionale. Tuttavia, mentre l'integrazione fra gruppi di imprese minori che cooperano sul territorio suscita approvazione, la disarticolazione dell'impresa maggiore attraverso appalti, scorpori o cessioni d'attività suscita disapprovazione.

Quando i sindacati protestarono contro le prime forme di appalto e i primi contratti a termine, il Parlamento intervenne in difesa del rapporto di lavoro regolare e normale, cioè diretto e a tempo indeterminato, nel 1960 con la legge n. 1369 e nel 1962 con la legge n. 230. In un contesto ancora ignaro del «miracolo economico», quella scelta garantista pose un rigido argine a entrambe le modalità, che anche in seguito furono combattute per preservare

(4) Considerata l'esperienza maturata selezionando e collocando le persone che cercano lavoro, nel dicembre del 2000 le agenzie di lavoro temporaneo si sono unite a quelle già autorizzate al collocamento privato e alle ditte di selezione e ricerca del personale e alle società di *outplacement* nel candidarsi a svolgere i servizi all'impiego che le agenzie pubbliche stentano a offrire: un paradossale ma salutare rovesciamento del principio di sussidiarietà.

le basi dell'eguaglianza, della tutela e della solidarietà su cui poggiano l'unità dei lavoratori e la forza dei sindacati. Brillanti motivazioni e contributi critici vennero anche da autorevoli giuslavoristi. Rispetto agli orientamenti normativi odierni, lo scarto è considerevole: in termini di diritti è quasi un voltafaccia. Ma se 40 anni fa lo scenario normale era quello dell'impresa *verticalizzata* nella cui topografia non potevano ammettersi entità estranee, oggi le imprese esterne non sono entità sui *generis* né sono tutte di comodo; molte di quelle che offrono servizi di vigilanza, pulizia, manutenzione, trasporto, stoccaggio, logistica, informatica e così via rientrano a tutto titolo nel vigente sistema di relazioni industriali e di normative contrattuali.

Né la funzione di queste imprese è sempre ancillare. Alcune dispongono di un avanzato know-how, molte non sono affatto piccole e talune sono anzi così grandi da offrire servizi a imprese che sono più piccole di loro. A prescindere dalla dimensione, parecchie hanno gli stessi problemi di variabilità della domanda e di stabilizzazione della mano d'opera che hanno le imprese nelle quali o per le quali operano. Quindi sbaglia chi pensa che soltanto l'impresa maggiore cerchi di tenersi stretti e di accudire i propri *core-worker*, lasciando i *contingent-worker* alla mercé di imprese minori che non si pongono neppure il problema: invece se lo pongono tutte, anche le aziende di pulizia. L'imprenditore che non si tenesse stretto e non accudisse il nucleo stabile della propria mano d'opera sarebbe del resto uno stolto.

Il fatto è che dopo gli anni Ottanta l'impresa si specializza aprendosi ad apporti esterni anch'essi specializzati. Ciò la integra maggiormente nel contesto locale con il quale il trade-offè quasi sempre consistente, e al tempo stesso la collega più strettamente al contesto globale. Cessando di essere autarchica, l'impresa concentra gli sforzi su quel che le riesce meglio e le rende di più: anziché fare, compra. Al limite progetta un bene o un servizio che altri fabbricheranno o provvederanno. Pertanto tiene al minimo l'organico diretto alle proprie dipendenze e si approvvigiona di mano d'opera, temporanea o no, presso imprese esterne; oppure cede funzioni interne ad altre imprese, magari incoraggiate o create ad hoc ([5]). Del resto, chi volesse imporre all'impresa di fare da sé pregiudicherebbe la facoltà dell'imprenditore di combinare liberamente i fattori della produzione.

Lo smontaggio o — come si dice — la de-costruzione dell'assetto produttivo d'impresa attraverso un outsourcing internalizzato chiamato «terziarizzazione» preoccupa per le disparità di trattamento che potrebbero venirne da un lato ai dipendenti «ceduti» dall'impresa principale a un'altra con questo o quel ramo d'attività, e magari chiamati a svolgere il medesimo lavoro; e dall'altro ai lavoratori esterni «prestati» da un'impresa fornitrice e

---

(5) La Fiat di Melfi si chiama Sata e produce in proprio, per la «Punto», appena 7 componenti su 100: tutto il resto, pari a due terzi del valore totale, lo acquista dall'indotto locale o comunque all'esterno: Cersosimo, 2000.

chiamati a svolgere un'attività rimasta all'impresa principale. Smembramenti di questo tipo, imposti dalla logica dei costi di transazione, hanno infatti conseguenze contrattuali che generano spesso diseguaglianze fra lavoratori operanti nella stessa impresa o sede (Magnani e Scarpelli 1999). Il rischio di una sostituzione mano d'opera è del resto insito in ogni attività interna affidata a imprese esterne.

L'esigenza di ripensare la tematica del trasferimento d'impresa per tutelare i lavoratori dalle conseguenze degli smembramenti produttivi è stata colta dal Bureau International du Travail, che in linea di principio ha distinto le diseguaglianze di trattamento a seconda se l'impresa fornitrice opera all'interno oppure all'esterno di quella utilizzatrice: nel primo caso il rischio va evitato per i dipendenti del fornitore, nel secondo caso per quelli del committente. Utili sono anche le direttive adottate dal Parlamento europeo e le decisioni assunte dalla Corte di giustizia, sebbene non siano sempre lineari dal momento che i diversi assetti delle relazioni industriali nei vari paesi dell'Unione ostacolano il raggiungimento di un punto d'equilibrio (Pizzoferrato 1999).

Difendere il trattamento unico d'azienda contro la pluralità di riferimenti contrattuali derivante dalla diversità fra i rapporti di lavoro è più facile nei sistemi retti dal contratto aziendale: tutt'al più si rischia che il magistrato, o il mediatore, identifichi e tracci delle bargaining unit includendo oppure escludendo questa o quella attività interna svolta da imprese esterne. In Italia il contratto aziendale copre l'intera maestranza delle imprese che lo sottoscrivono e si situa a sua volta entro il contratto nazionale, il quale copre non soltanto la maestranza ma tutta la categoria, il che costituisce un *unicum* in Europa. Quindi c'è un eguale trattamento fra attività «merceologicamente» diverse ma svolte nella medesima impresa. Per quanto svincolato dal principio costituzionale dell'equa retribuzione, che dovrebbe riferirsi al lavoro svolto più che all'impresa dov'è svolto, ciò assoggetta a un regime di deroghe negoziate l'eventualità di trattamenti differenziati fra dipendenti dell'impresa principale e delle altre che concorrono all'*output* complessivo applicando ai propri dipendenti contratti diversi da quello di riferimento perché basati sulle diverse caratteristiche dell'attività svolta.

6. *Mito* e realtà del posto fisso

Mentre la disarticolazione dei trattamenti deriva soprattutto dal modo in cui l'impresa struttura la produzione, la discontinuità dei tragitti deriva soprattutto dal modo in cui l'impresa organizza il lavoro. Se per rispondere a picchi imprevisti della domanda le imprese utilizzano tuttora le ore straordinarie, per premunirsi dalle oscillazioni del mercato non ricorrono più a scorte di mano d'opera come ieri, bensì a mano d'opera temporanea. La conseguenza è che in Italia oltre due terzi delle assunzioni sono coperte da contratti a termine, che tuttavia non sono soltanto una «grande giostra»

(Agenzia per l'impiego del Veneto 2000), né sono il futuro del lavoro. Infatti danno luogo a combinazioni assai diverse nei tragitti lavorativi e nei profili di carriera: se taluni vi permangono per periodi abbastanza lunghi, altri vengono assunti stabilmente dopo una o due reiterazioni. Fra piena stabilità e piena instabilità c'è insomma un *continuum* analogo a quello che c'è fra piena occupazione e piena disoccupazione.

Anche se lo *stock* dei contratti a tempo indeterminato viene eroso dal flusso dei contratti a tempo determinato, in Italia i primi interessano oltre 8 occupati su 10 e rimarranno il nucleo portante, come lo sono del resto negli Stati Uniti. Quindi il senso di instabilità che subentra è culturale più che sociale. Infatti uno scenario di precarietà che mantenga i lavoratori in uno stato di soggiacenza non conviene neppure alle imprese. Alle imprese serve tanta stabilità quanta è compatibile con la competizione, e ciò significa tenersi i lavoratori efficienti anziché licenziarne e assumerne di continuo. Infatti si presta maggiore attenzione alle «risorse umane», si usano con qualche cautela gli *smagrimenti* e si incentiva la permanenza in azienda con forme di «fidelizzazione»: in cambio della mobilità totale da posto a posto, i grandi fabbricanti d'auto americani hanno addirittura offerto l'impiego a vita ai dipendenti con almeno dieci anni di anzianità.

La realtà è un'altra: i rapporti temporanei e a termine stanno diventando la nuova modalità di ingresso al lavoro. Infatti stanno soppiantando il tradizionale periodo di prova. Così come il part-time, essi sono ovunque correlati positivamente al tasso di occupazione. Certo vi sono delle imprese che li usano per tenere sotto ricatto i lavoratori evitando un'assunzione stabile, ma molte altre hanno effettivamente bisogno di un periodo più lungo di quello previsto da molti contratti di lavoro nazionali e modellato sulla mano d'opera taylor-fordista. Questi reiterati periodi di prova confermano che la domanda di lavoro è più selettiva: le scorte di mano d'opera sono state sostituite dai lavori a termine e a chiamata (6).

In effetti, quel che più si teme in Italia non è tanto l'avvento dei contratti a termine che, sebbene creino apprensioni sul domani, soddisfano comunque l'offerta di lavoro impiegando per qualche tempo quella emersa e rendendo attiva quella latente (7). Quel che più si teme è la fine del «posto fisso» come modello di protezione. È un modello che la giurisprudenza stessa, in un paese a disoccupazione endemica, ha alimentato attingendo al principio costituzionale del diritto al lavoro, che del resto impegnava lo Stato, eventualmente come occupatore di seconda istanza, a dare un posto di lavoro ai capofamiglia maschi adulti.

---

(6) Ma vi sono anche imprese che ricorrono al *temporary* management, cioè impiegano dirigenti con rapporto di lavoro temporaneo o "interinale".

(7) Lo stesso dicasi dei contratti stagionali, le cui solide tradizioni sono peraltro ignorate dal modello dominante.

L'aspettativa di un impiego pubblico con un contratto a durata indeterminata e una remunerazione dall'ammontare costante non poteva che mitizzare il «posto fisso». Peraltro in Italia non si è tratto soltanto di un mito: lo dicono le provvidenze che hanno evitato i licenziamenti o sistemato i licenziandi, come la Cassa integrazione e i pre-pensionamenti; lo conferma l'elevata quota di impieghi pubblici e para-pubblici; lo rivela la difficoltà a impostare politiche attive del lavoro e l'incapacità di offrire servizi all'impiego personalizzati. Ma lo evidenziano già i dati sull'anzianità aziendale degli occupati ([8]).

È noto che il «posto fisso» si porta dietro come retaggio storico il ribaltamento normativo operato dal regime fascista quando, rendendo *normale* il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, fece diventare eccezionale l'attività lavorativa a termine. Il rapporto introdotto dalla legge n. 526 del 1926 rovesciò anche in senso politico e non soltanto semantico l'approccio liberista espresso nell'art. 1628 del Codice civile del 1865: al lavoratore, quel contratto non poneva più un vincolo bensì dava una garanzia, mentre all'imprenditore toglieva un potere e imponeva un onere. Questo principio normativo tutelava il grosso dei lavoratori comuni, il cui profilo stava venendo uniformato dal taylor-fordismo. Infatti da allora il contratto di lavoro subordinato si è affermato come condizione dominante, ponendosi così al centro del diritto del lavoro, che in tal modo è diventato il diritto emergente.

Si era creato un *trade-off*: il lavoratore accettava liberamente il rapporto di subordinazione e l'imprenditore ne assicurava la stabilità attraverso l'indeterminatezza temporale. Questa era attestata dall'indennità di liquidazione, che infatti andava corrisposta e veniva perduta in caso di rottura. Il contratto a termine era invece così eccezionale che andava sempre messo per iscritto. Tutta la successiva legislazione, inclusa quella sui licenziamenti individuali, non ha mutato questo orientamento di fondo, che sembra riequilibrare l'asimmetria capitale-lavoro.

Così, non soltanto la continuità del rapporto è diventata un valore ma lo è diventata anche la sua indeterminatezza, cosa estranea a qualsiasi tradizione epistemologica. L'idea che l'indeterminatezza del contratto tuteli il lavoratore meglio della sua determinatezza si basa sull'assunzione elementare che esso renda sicuri o più sicuri i rapporti con il datore di lavoro. La determinatezza della durata è insomma un elemento di debolezza perché dà luogo a un rapporto finito, per cui è preferibile l'indeterminatezza del rapporto

([8]) I lavoratori con oltre dieci anni di anzianità aziendale sono 7 su 10 in Italia e 4 su 10 negli Stati Uniti: un rapporto che si rovescia quando si osservino i rispettivi tassi di attività. Come stabilità d'impiego l'Italia supera anche la Svezia e il Giappone ma detiene il record della disoccupazione di lunga durata, che è al minimo proprio in Svezia e in Giappone.

temporalmente *indefinito.* Questa rappresentazione sovrappone tutela e durata. Se il rapporto a tempo *determinato* è precario perché *corto,* l'altro è *lungo* proprio perché a tempo *indeterminato.* E siccome questo offre un impiego che *dura a lungo* mentre l'altro *dura poco,* offrirà anche un lavoro *a tempo pieno* anziché a *tempo parziale.* In base a questa rappresentazione il contratto a termine veniva associato alla «precarizzazione» del lavoro e anche — vorrei ricordare — alla discriminazione di genere.

Il lavoro a tempo parziale veniva stigmatizzato in base a un sillogismo: il part-time è soltanto un mezzo lavoro, quindi adatto alle donne, e ciò è confermato dal fatto che le ghettizza. Era vero il contrario: il part-time era ritenuto soltanto un mezzo lavora, quindi adatto alle donne, e ciò confermava che il lavoro vero era quello maschile a pieno tempo. Il tempo parziale, come i contratti a temine e il lavoro temporaneo, veniva insomma osteggiato in nome di un diritto diventato meta-storico. Le resistenze al tempo parziale furono molto forti sebbene i requisiti del lavoro stessero già diventando più «femminili»;è anche per questo che sul mercato del lavoro italiano pesa ancora poco. Siccome le donne sono ormai le grandi protagoniste dei contratti a termine e a tempo parziale, si può dire che la crisi del modello d'impiego a tempo pieno e indeterminato ha *femminilizzato* il mondo del lavoro anziché ghettizzarlo.

7. La discontinuità dei tragitti

La stabilità d'impiego che scorgiamo retrospettivamente è più un mito che una realtà, dal momento che nel Novecento ci furono una grande crisi e una grande disoccupazione, e che l'immagine si attaglia soltanto a un quarto di quel secolo, la *Golden Age* della piena occupazione e del *welfare state* (Marglin *e* Schor 1990). Molti lavorarono per tutta la vita nello stesso posto semplicemente perché era l'unico che avevano trovato, e ciò poteva farne una bella occasione ma anche un lavoro forzato. Per l'avvenire è ragionevole prevedere che assai pochi lavoreranno per tutta la vita nello stesso posto, pochi nella medesima impresa e parecchi cambieranno anche mestiere. Già oggi i giovani si sentono estranei al modello di esistenza lavorativa del Novecento, mitico o reale che fosse, mentre è dubbia la loro adesione a un modello di vita vorticosa ispirata all'imperativo della flessibilità e al dileggio per il «posto fisso»:quasi tutti vogliono affermarsi, non tutti vogliono «fare carriera».

Abituarsi alla nuova prospettiva è difficile e tuttavia si sta affacciando un mondo dove *i lavori* stanno soppiantando *il lavoro,* per cui la discontinuità d'impiego e di carriera, sia involontaria che volontaria, può diventare normale per un numero maggiore di lavoratori e di profili professionali, anche con posto stabile. Questa è la vera novità. La costruzione dell'identità professionale tende quindi a basarsi su più posti, più ruoli e più mestieri perché ciascuno di loro (al limite, ciascuna missione «interinale») può

aggiungere qualcosa alla propria esperienza e alla propria formazione, talvolta rimescolando un po'tutto il know-how.

Pertanto conta molto la polivalenza professionale, che i giapponesi hanno coltivato pur nel seguire i dettami del taylor-fordismo mentre l'occidente li applicava pedissequamente (9). Mentre gli imprenditori hanno come ieri interesse a tenere i lavoratori efficienti anziché licenziarne e assumerne di continuo, i lavoratori hanno interesse ad alimentare le proprie competenze e a revisionare le proprie potenzialità. In questo scenario si delineano due tragitti lavorativi: uno *firm-portfolio* nel quale le competenze vengono approfondite in ambito aziendale e che riporta alla tradizione europea della mobilità sociale «nel lavoro»; un altro *worker-portfolio* nel quale le esperienze vengono accumulate cambiando azienda e che riporta alla tradizione americana della mobilità sociale «fra i lavori». Ne è un esempio l'esperienza del lavoro «interinale», che serve a molti per il primo approccio al lavoro e per formarsi provando: alcuni rifiutano infatti il posto quando l'impresa propone loro l'assunzione, per non disperdere quel tanto di patrimonio professionale.

Quando le carriere più brevi e le transizioni più frequenti diventano fisiologiche anche per i lavoratori stabili e non soltanto per quelli fluttuanti, la discontinuità d'impiego può generare gravi diseguaglianze diventando per taluni una scalata di posizioni successive, per altri un momento di transizione angoscioso e per altri ancora un sforzarsi fra un posto e l'altro. A parte coloro i quali riescono a fare una carriera «fra i lavori», chi era più stabile può ritrovarsi più indifeso: rispetto al *softwarista* che sperimenta da tempo la discontinuità, il trauma sarà infatti risentito maggiormente dal *professional* che non se l'aspetta. Chi invece lavora su cicli di 3, 6 o 12 mesi difetta dell'orizzonte temporale atto a costruirsi un percorso. (Infatti pochi lavoratori atipici vedono lo sviluppo professionale come un terreno da programmare e su cui investire.) Quand'è così, diventa difficile «formulare previsioni e progetti d'una certa portata in campo professionale e spesso anche in campo esistenziale e familiare» (Gallino 2000) (10).

Una vita lavorativa flessibile non può spezzarsi quando si passa da un impiego all'altro, oppure da un lavoro dipendente a un lavoro autonomo, o viceversa. Rischi e opportunità presenti in questo scenario vanno affrontati con norme che offrano delle coperture in un quadro di sostegno sociale. Serve infatti una «circolazione solidaristica delle risorse» (Balandi 1990, p. 38), per evitare che chi è più mobile sia meno tutelato o più penalizzato, nell'anzianità di servizio come nell'indennità di disoccupazione. Ad esempio, quando un

---

(9) Si puntava infatti su quel che i francesi chiamano operaio «specializzato» (Mothé, 1972).

(10) Gallino afferma inoltre che molti lavori flessibili «non consentono di accumulare alcuna significativa esperienza professionale, trasferibile con successo da un datore di lavoro all'altro»: evidentemente si riferisce al modello *firm-portfolio*.

lavoratore viene assunto a tempo indeterminato dopo alcune reiterazioni del contratto a tempo determinato o delle missioni temporanee, quel periodo di prova dovrebbe concorrere all'anzianità aziendale.

Quando le discontinuità temporali e le transizioni professionali si avviano a diventare meno eccezionali, diventa necessaria una rete di protezione leggera e universalistica che assista il lavoratore nella transizione di posto o di carriera, aiutandolo a valutare il proprio potenziale e a ricollocarsi in modo adeguato; che certifichi i passaggi compiuti negli itinerari di lavoro e di formazione; che accompagni i periodi di mobilità con attività di formazione o di "tutoraggio" in vista del reimpiego; che riconosca l'anzianità maturata negli impieghi temporanei presso la medesima impresa; che ricomponga i vari spezzoni di occupazione dipendente o autonoma agli effetti della carriera assicurativa, aiutando a ricoprire o consentendo di riscattare i vuoti.

A questo scopo sembra necessario che i passaggi da un impiego all'altro con i quali i singoli costruiscono la propria identità socio-professionale lascino una traccia: una traccia *di cittadinanza* che potrebbe consistere in una anagrafe generale del lavoro o in un libretto elettronico del lavoratore (11). Questa è la prima tutela dell'individuo lavoratore, il primo elementare diritto di una sicurezza sociale adatta alla società dei lavori. Non si potrà quindi fare a meno di servizi all'impiego capaci di aiutare non soltanto chi cerca un lavoro ma anche chi affronta una discontinuità volontaria.

L'identificazione sociale seguirà in ogni caso tragitti di vita più complicati, con strane sovrapposizioni e strane dissociazioni fra la sfera del lavoro e le altre sfere dell'esistenza. Ciò darà luogo a identità *composite* in senso diacronico, diverse cioè da quelle *plurime* in senso sincronico di cui parlano i sociologi. Attraverso i lavori, il lavoro avrà o riavrà maggior peso nella vita degli individui perché concorrerà alla formazione dell'identità sociale più di quanto si prevedesse (12). Si sono infatti affermate tendenze che lo ripropongono all'attenzione. Non sono novità di poco conto.

Alain Touraine ha recentemente enfatizzato il contributo che il mestiere e la professione danno alla definizione dell'identità personale, soprattutto quando «la discontinuità dell'esperienza di lavoro è grande» (1998, p. 36). In un seguace di Émile Durkheim, tale fede nella «morale professionale» non desta meraviglia; ma bisogna onestamente ricordare che chi aveva un mestiere preferiva la discontinuità e rifiutava i rapporti a tempo indeterminato. Bisogna inoltre ricordare che le utopie del lavoro hanno sempre

---

(11) Negli Stati Uniti, nonostante il minore livello di protezione, chiunque lavora dispone di un *social security number*. Un noto economista del lavoro del MIT ritiene ora necessario un passo avanti e parla di *flexible net* (Osterman, *1999).*

(12) Vent'anni fa sostenevo che la riduzione stessa della durata del lavoro lo avrebbe reso meno centrale nell'esistenza e quindi meno capace di conferire identità sociale: Accornero, 1980.

promesso vite lavorative professionalmente variate e plurime, sia per scelta degli interessati che della comunità; il «posto fisso» si trova soltanto nelle utopie «negative»: Samuel Butler, Evghenji Zamiatin, Aldous Huxley, Roy Bradbury. Non solo. In un libro fra i più popolari nella Germania fra Ottocento e Novecento, August Bebel illustrò il programma della socialdemocrazia affermando che «un bisogno profondamente radicato nella natura umana è quello della libertà di scelta e di mutamento dell'occupazione», che i lavoratori «hanno attitudini più diverse e più eterogenee» di quanto non richieda il loro lavoro, poiché «in ogni uomo dormono attitudini e impulsi che hanno bisogno soltanto di essere destati e sviluppati per rendere l'uomo veramente e completamente uomo», per cui uno «scopo della società è quello di soddisfare questo bisogno nell'interesse di tutti, poiché è da ciò che dipende l'armonico perfezionamento dell'uomo» (Bebel 1883, pp. 349-50) ([13]).

Richard Sennett fa derivare la corrosione del carattere dalla flessibilità del lavoro. Il suo pessimismo ricorda le più fosche profezie sull'industria e contrasta con il realismo di Veblen. (Stranamente, nella sua colta disamina non lo cita mai). Vien da porsi dunque una semplice domanda: è possibile che la rete travolga il lavoro e stravolga l'uomo più della macchina? Nella discontinuità d'impiego, peraltro, Sennett stesso vede un lato positivo. Cita infatti un gruppo di programmatori di mezza età di cui la Ibm si era privata con un *downsizing*, e che egli aveva spinto a rielaborare la propria esperienza fino ad ammettere le proprie responsabilità, anziché trovare capri espiatori. Quali responsabilità? È semplice: quei lavoratori avevano «omesso di andarsene», timorosi di una discontinuità decisa da loro stessi (Sennett 1998, p. 132).

8. Diritti e sorti dei lavoratori

Il post-fordismo prepara un nuovo lavoro e un nuovo lavoratore. Nuovo lavoro è lavorare in rete, senza scorte e giusto in tempo. Nuovo lavoratore è chi lavora in più ruoli, in più posti, in più attività. Questi esiti della grande trasformazione, non privi di risvolti socio-antropologici e socio-psicologici, vanno colti nella loro storicità. Già oggi l'apporto della risorsa umana gioca

---

([13]) Nel *Capitale* Karl Marx riprese un esempio significativo dal libro *De l'enseignement professionnel* pubblicato nel 1860 da Antime Corbon — il primo operaio diventato deputato in Francia nel fatidico 1848 — il quale raccontava di un compagno che di ritorno da San Francisco aveva detto: «Non avrei mai creduto che sarei stato capace di esercitare tutti i mestieri che ho fatto in California. Credevo fermamente che al di fuori della tipografia non sarei stato buono a nulla. In seguito a questa esperienza di essere capace di fare tutti i lavori, mi sento meno mollusco e più uomo» (1867: p. 200).

un ruolo maggiore di ieri, persino in situazioni limite tipo McDonald's. L'impresa chiede di attivarsi e di destreggiarsi più che di eseguire e di ubbidire. Occorre assecondare un flusso lavorativo teso, incostante, «allo stato fluido» (Gallino 1988), ma anche coltivare competenze, acquisire informazioni. Lavorare bene significa rispondere sollecitamente ai problemi con delle soluzioni e non con dei ripieghi, e farlo insieme ad altri in squadra. In confronto agli anni Settanta, quando iniziò la crisi del taylor-fordismo, nel lavoro ci sono insomma margini di autonomia impensabili che comportano più responsabilità e più rischi. Chiedendo inoltre a chi lavora di verificare e di certificare da sé il risultato della propria prestazione, l'impresa lo coinvolge dandogli maggiore iniziativa ma anche maggiori oneri, spesso senza contropartite. Così, cooperare è più un onere che un onore.

Necessità e virtù del post-fordismo, l'autonomia nel lavoro è richiesta dalla qualità del prodotto e richiede una cooperazione intelligente ([14]), per cui contrasta con il senso di insicurezza e precarietà che viene da incipienti o da maggiori discontinuità d'impiego. Entro questo scenario la tutela del lavoro peggiora, anche se la sua qualità del lavoro migliora, perché era pensata per un altro lavoro e per un altro lavoratore. La tutela può portarsi al livello della qualità soltanto se viene modellata su un lavoro e un lavoratore con maggiore autonomia ma anche maggiore responsabilità.

Insieme alle nuove forme di autonomia *ne2* lavoro crescono anche le forme di autonomia *del* lavoro, particolarmente enfatizzate nella cosiddetta *new economy*. Ribadito che in Italia la quota dei lavoratori autonomi è elevata per ragioni di arretratezza, e che statisticamente non si sta espandendo, la novità consiste nello spostamento dal lavoro autonomo fondato patrimonialmente a quello fondato professionalmente (o «di seconda generazione))). È un aggregato sociale nel quale sono comprese figure abbastanza eterogenee che, nella veste di collaboratori dotati di statuto giuridico, fiscale e previdenziale, hanno opportunità professionali e incertezze d'impiego diverse dal rischio «imprenditoriale» affrontato dagli autonomi tradizionali.

Alcuni di questi lavori e di queste figure pencolano fra subordinazione e autonomia, il che impedisce da un lato il crearsi di un *tertium genus* (Centro «D. Napoletano» 1997) e dall'altro esige che la loro collocazione non venga desunta da definizioni giuridiche o dalle posizioni amministrative bensì dalle caratteristiche della prestazione lavorativa. Nel legittimo dubbio che tra i collaboratori coordinati e continuativi si celassero molti dipendenti camuffati, il Senato aveva approvato il d.d.l. n. 5651 (poi profondamente modificato dalla Camera) che garantiva il diritto di assemblea anche ai numerosi amministratori di società e di condominio. Evidentemente ci sono anche i

---

([14]) «Partecipazione diretta)): così viene definita dalla nota ricerca della Fondazione di Dublino (Epoc, 1997).

diritti sbagliati. Altrettanto sbagliata è la prospettiva di chi compiange i lavoratori autonomi in quanto si assoggettano a un auto-sfruttamento (Carabelli 1999): un approccio che ha portato il marxismo ortodosso a pronosticare l'immancabile sparizione degli autonomi, la cui attività sarebbe risultava sempre meno conveniente.

Al tempo stesso, il delinearsi di nuovi profili del lavoro autonomo crea aspettative di crescita irrealistiche come quelle che prospettano una predorninanza di knowledge *workers* (15) o di lavoratori autonomi (16). Ma per molti lavoratori della new *economy* e «diseconda generazione» il problema non sta nell'essere o nel diventare autonomi, bensì nel lavorare ottenendo e conquistando autonomia. Una previsione realistica a medio termine è che ci sia una crescita di autonomia nel lavoro maggiore della crescita di lavoratori autonomi, nel quadro di una persistente dorninanza del rapporto subordinato. Considerata infatti la renitenza delle imprese a introdurre forme di partecipazione collettiva, le stock *option* e i fondi previdenziali non bastano certo a scardinare il sistema del lavoro salariato, tanto più in una struttura produttiva come quella italiana.

La fine del lavoro salariato non è ancora alle porte. Ciò nonostante, per un lavoro ormai diverso da quello subordinato e massificato del Novecento, la tutela deve farsi più leggera e più universalistica, anche per poter proteggere i lavori non tipici, non istituzionali, non subordinati. Il post-fordismo sta facendo infatti emergere nel mondo del lavoro altrettante diversità quant'erano state le uniforrnità introdotte dal taylor-fordismo.

Questi cambiamenti producono tensioni che scuotono principi e concetti sui quali il diritto del lavoro aveva edificato gli apparati di tutela. Alcuni giuslavoristi temono pertanto che le novità ci riportino al contratto d'opera o d'attività (work), anziché di lavoro o d'impiego (*employment*); altri come Alain Supiot preferiscono guardare avanti e ridisegnare il futuro. Tuttavia, per evitare che in nome della flessibilità vengano legittimate modalità di lavoro non rispettose dei diritti della persona, non serve vietarne o vincolarne l'adozione bensì regolarne le tipologie con la legge e con il contratto, onde realizzare «un ragionevole equilibrio fra norme fondamentali di protezione e libertà di scelta del tipo di rapporto o di prestazione» (Grandi 1998: p. 202).

Certo è deflagrato il sistema unitario del Lavoro, e fors'anche la sua idea unificante, quali erano stati messi insieme e tenuti insieme dalla potente coercizione uniformante esercitata dal capitalismo grand-industriale del Novecento. E ciò sembra rendere quasi inafferrabile la capillarità del lavoro

---

(15) In modo informale, il Presidente del Consiglio Giuliano Amato ha icasticamente reagito osservando che «per ogni informatico ci sono nove lavavetri».

(16) Karl Marx invece raccomandava di non avere concezioni apologetiche neppure per il lavoro produttivo.

e dei lavori. Dato che la virtù del diritto del lavoro «consiste nella sua tendenza a cambiare, a trasformarsi, a sfuggire» (Mariucci 2000, p. 8), come rispondere sul terreno dei diritti quando si riconosce che le condizioni storiche sono cambiate e che questa storicità è necessariamente connessa al mercato?

Si parla autorevolmente di una cittadinanza «lavorista» con dentro tutti i lavori, anche quelli estranei alla tradizione giuridica. Questo sarebbe il lavoro *sans phrase* (Pedrazzoli 1998; Mariucci 2000; Deaglio 2000), che evidentemente si situa agli antipodi del Lavoro maiuscolo. Anche se sono passati già 30 anni dalla legge n. 300 del 1970, sembra poco utile pensare a uno Statuto di tutti i lavori e di tutti i rapporti, vecchi e nuovi. Ciò che più manca è semmai quella rete protettiva che dovrebbe *accompagnare* tutto il tragitto del lavoratore affinché alcuni diritti fruibili lo possano raggiungere di volta in volta, in ogni posizione e in ogni momento, a prescindere dalle modalità e della durata del suo rapporto con il lavoro, subordinato o autonomo che esso sia.

Si è parlato altresì di una «valorizzazione della varietà dei lavori» (Pedrazzoli 1997, p. 668) e di una «pluralizzazione degli statuti protettivi» (Grandi 1995-1996, p. 196) cui tenderebbe la cosiddetta «fuga dal lavoro subordinato» (Ichino 1990), per lo meno quando è una scelta voluta e non necessitata ([17]). C'è chi va oltre, prospettando uno scenario di *individualizzazione* del lavoro e del rapporto di lavoro; secondo Massimo D'Antona, si profilano per questa via talune promesse di liberazione che potrebbero farne la scommessa del secolo (1999 e 2000).

Anche se tale tendenza sembra a me poco più di una tensione verso l'individuo (o verso la persona?), essa rompe comunque con tutta l'eredità del Novecento. Mezzo secolo fa l'Ottocento pre-fordista era stato descritto come l'era dell'individuo *self-directed* e il Novecento taylor-fordista come l'era dell'individuo *other-directed* (Riesman 1950). Il post-fordismo, inseguendo il consumatore e adescando il lavoratore come singoli, propone oggi un modello debole di auto-direzione. Sembrerebbe infatti che lavorare con meno vincoli e più opportunità, ma anche con maggiori responsabilità e rischi, sia l'altra faccia dell'individualismo *consumistico* di massa innescato dal modello della produzione snella *just-in-time* e dall'era del *dot.com*. Pur prendendo per buone le possibilità di affermazione e di autotutela promesse *in nuce* dal post-fordismo, non sarà un'evoluzione facile, né veloce. E comunque che cosa fare, come valorizzare gli spazi di autonomia individuale, come diversificare le forme di impiego in relazione ai bisogni e alle aspettative: sarà possibile riuscirci rinunciando al cammino storico della solidarietà e dell'uguaglianza?

([17]) Si parla anche di «imprenditorialità nel lavoro», ma non riesco a convincermi che questa espressione sia concettualmente appropriata.

Alcuni giuslavoristi si sono chiesti se il diritto del lavoro ha ancora un futuro (Simitis, Crouch, Ferrari e Pedrazzoli 1997; De Simone 1998). Pur comprendendone l'utilità euristica, non ho questo dubbio tanto più che ce lo si era già posto per il lavoro, oltre che per la politica e la storia. Il massimo dei cambiamenti non è quasi mai la sparizione dell'oggetto, ragion per cui la grande trasformazione non renderà affatto obsoleto il diritto del lavoro, che del resto si è mostrato strumento assai flessibile e quindi aderente alla realtà. Non dimentichiamo che la storia continua: il Parlamento continua ad approvare leggi sul lavoro, dai congedi parentali ai video-terminali, (18) così come le direttive dell'Unione Europea alimentano il diritto e la giurisprudenza del lavoro. (19) In molti paesi, poi, il diritto del lavoro deve ancora «percorrere tutta la sua strada» (Ferraro p. 655), e lì sarà probabilmente meno elastico e meno individualistico del nostro. Al contempo, può essere che negli Stati Uniti i giuristi continuino a intervenire sulle prescrizioni che le imprese pongono all'abbigliamento dei lavoratori.

La grande trasformazione darà al diritto del lavoro nuove opportunità e nuovi traguardi: infatti c'è molto da fare perché, dopo tanti interventi deregolativi, ci sono tante tutele nuove da approntare. (20) Quindi nessuna «fuga dal diritto del lavoro» (Liso 1992). Ripartire invece dal diritto del lavoro per arrivare — se mi è consentito — al diritto dei lavori. Nel Novecento il lavoro ha avuto il suo modello di protezione. Ora ce ne vuole un altro. Per un lavoro diverso e per un lavoratore diverso.

Non sarà possibile coprire tutto con il contratto di lavoro, che pure ha assolto ammirevolmente l'esigenza di conciliare la cittadinanza con il mercato. La sua funzione è suppletiva, surrogatoria, sussidiaria: è un equivalente funzionale del diritto. Ma se dal Lavoro si passa ai lavori, se la copertura data dai contratti rende più circoscritte le solidarietà, se si va verso una maggiore autotutela, in parte richiesta in parte necessitata, allora occorre puntare maggiormente sul livello local-aziendale e anche su quello individuale. La tutela deve insomma andare più vicino al singolo. Non si tratta soltanto di tutelare meglio i diritti dei singoli, ma anche le «sorti» dei singoli. E lo si deve fare in concreto, sui mercati del lavoro locali, dove cioè si costituisce il rapporto; e poi sui luoghi del lavoro effettivi, cioè dove il lavoratore dà fisicamente la prestazione, o ne rende conto.

---

(18) Ma le linee guida per l'attuazione del d. lgs. n. 626 del 1994 sono state emanate soltanto il 2 ottobre del 2000.

(19) Dal 16° rapporto della Commissione europea sull'applicazione delle norme comunitarie si apprende che l'Italia viene al secondo posto nella graduatoria dei paesi inadempienti o ritardatari, e che di conseguenza nei suoi confronti sono stati avviati ben 329 procedimenti.

(20) Significativa è la nascita della rivista *Il diritto del mercato del lavoro.*

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACCORNERO A. (1978), *«Fabbrica diffusa» e nuova classe operaia, in Inchiesta, n. 34.*
ACCORNERO A. (1980), *Il lavoro come ideologia, Bologna: il Mulino.*
ACCORNERO A. (1993), *Nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro, in* Gallino, *L. (a cura di), Diseguaglianze ed equità in Europa, Bari: Laterza.*
ACCORNERO A. (1996), *La piccola impresa e le relazioni industriali, in DLRI, n. 72;*
ACCORNERO A. (2000[2]), *Era il secolo del Lavoro, Bologna: il Mulino.*
AGENZIA PER L'IMPIEGO DEL VENETO *(2000, a cura di), Solo una «grande giostra»? La diffusione del lavoro a tempo determinato, Milano: Angeli.*
BALANDI G.G. (1990), *Che cosa resta della Fraternità, in LD, n. 1.*
BEBEL A. (1883), *Die Frau und der Sozialismus, Stuttgart: Dietz (trad.it.* 1892, *La donna e il socialismo, Milano:* Max *Kantorowicz).*
CAPPELLI P. *(1997, a cura di), Change at work,* Oxford: *Oxford University Press.*
CARABELLI U. *(1999), Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro?, in Aa. Vv., Scritti in onore di Gino Giugni. I, Bari: Cacucci.*
CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO *"D. Napoletano"* (1997), *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia, Bari: Cacucci.*
CERSOSIMO D. (2000), *Le rivoluzioni del lavoro: Melfi e Gioia Tauro, in Donzelli C. e Cersosimo D., Mezzogiorno, Roma: Donzelli.*
D'ANTONA M. *(1998), Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?, in RGL, n. 1, ora in Id.* (2000), *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale,* Roma: *Ediesse.*
D'ANTONA M. *(2000, Il lavoro delle riforme. Scritti 1996-1998, Roma: Editori Riuniti.*
DEAGLIO M. (2000), *Il lavoro e le sue prospettive, in* Gallino, *L., Salvatori, M.L. e Vattimo G. (a cura di), Atlante del Novecento I. Eventi, spazi e protagonisti, Torino: Utet.*
DE SIMONE G. *(1998), La «fine del lavoro» è anche la fine del diritto del lavoro?, in LD, n. 1.*
EPOC RESEARCH GROUP (1997), *New form of work organization. Results of a survey of direct employee participation in Europe, Dublin: European Foundation* for *the improvement of living and working conditions.*
FERRARO G. (1998), *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo, in DLRI, n. 79.*
FREEMAN R. *(1994, a cura* di), *Working under different rules, New York:* Russell *Sage Foundation.*
GALLINO L. (1988), *Neo-industria e lavoro allo stato fluido, in Ceri, P. (a cura di), Impresa e lavoro in trasformazione. Italia-Europa, Bologna:* il *Mulino.*
GALLINO L. (2000), *Un orizzonte per i nuovi impieghi, in La Stampa, 13 agosto.*
GRANDI M. *(1995-1996), Problemi e tendenze del diritto del lavoro in alcune odierne società industriali, in Annali della Fondazione Giulio Pastore.*
ICHINO P. (1982), *Il collocamento impossibile, Bari: De Donato.*
ICHINO P. (1990), *La fuga dal lavoro subordinato, in DD, n. 1.*
ICHINO P. (1999), *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa, in DLRI, n. 82-83.*
LAMBERTUCCI P. (1999), *Area contrattale e autonomia collettiva,* ivi.
LISO F. *(1992), La fuga dal diritto del lavoro, in IS, n. 26.*
MAGNANI M., SCARPELLI L. (1999), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni, in DLRI, n. 82-83.*
MARGLIN M.A. e SCHOR J.B. *(1990, a cura di), The Golden Age of capitalism. Reinterpreting the postwar experience, Oxford: Clarendon Press.*

MARIUCCI L. (2000), Il *sorriso* di Federico e la lampada di *Aladino*, in LD, n. 1.
MARX K. (1856), Das Kapital (trad. it. 1956[4], Il capitale. Critica delléconomia *politica*, Roma: Editori Riuniti, I, 2).
MOTHÉ D. (1972), *Les* O.S., Paris: Cerf (trad. it. 1972, Gli O.S., Milano: Jaca Book).
OSTERMAN P. (1999), Securingprosperity. The American labor market: how it has changed and what to do with it, Princeton: Princeton University Press.
PEDRAZZOLI M. (1997), Diritto del lavoro è bello, in DLRI, n. 76.
PEDRAZZOLI M. (1998), Lavoro sans phrase e ordinamento del lavoro. Ipotesi sul lavoro autonomo, in Aa. Vv., Scritti in onore di G.F. Mancini, Giuffré: Milano, I.
PEDRAZZOLI M. (1998), Dai lavori autonomi ai lavori subordinati, in DLRI, n. 79.
PHILONENKO *G.* e GUIENNE V. (1997), Au carrefour de léxploitation, Paris: de Brouwer.
PIZZOFERRATO A. (1999), **I** *riflessi* della direttiva *98/50/CE sull'ordinamento* italiano, in DLRI, n. 82-83.
POLANYI K. (1944), The great transformation, New York: Farrar & Rinehart (trad. it. 1974, La grande trasformazione, Torino: Einaudi).
RIESMAN D., GLAZER N., DENNEY R. (1950), The lonely crowd. A study of the changing Arnerican character, New Haven: Yale University Press (trad. it. 1967, La folla *solitaria*, Bologna: il Mulino).
RITZER G. (1996), The *McDonaldization* of society. An investigation into the changing character of contemporary *social* life, Thousand Oaks: Pine Forge Press (trad. it. 1997, Il mondo alla *McDonald's*, Bologna: il Mulino).
RIZZA R. (2000, a cura di), Politiche del lavoro e nuove forme di *precarizzazione* lavorativa, in Sociologia del Lavoro, n. 78-79.
ROMAGNOLI U. (1994), Il lavoro in Italia. *Un giurista* racconta, Bologna: il Mulino.
ROMEI R. (1999), Cessione di ramo di azienda e appalto, in DLRI, n. 82-83.
SENNETT R. (1998), The corrosion of character. The *personal* consequences of work in the new capitalism, New York: W.W. Norton (trad. it. 1999, L'uomo flessibile, Milano: Feltrinelli).
SIMITIS S. (1997), Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?, in DLRI, n. 76.
SMURAGLIA C. (1981), Il governo del mercato del lavoro: alcune analisi interpretative, in DD, n. 6.
SUPIOT **A.** (1994), Critique du droit du *travail*, Paris: Presses Universitaires de France (trad. it. 1997, Critica del diritto del lavoro, Roma: Teleconsul).
TOURAINE A. (1998), *Dall'antica* alla nuova sociologia del lavoro, in Varni A. **(a** cura di), Alla ricerca del lavoro, Torino: Rosenberg & Sellier.
TRAÙ F. (1999, a cura di), La «questione dimensionale» *nell'industria* italiana, Bologna: il Mulino.
TSUTSUI W.M. (1998), Manufacturing ideology: *Scientific* management in Twenty-century Japan, Princeton (N.J.): Princeton University Press.
VEBLEN T. (1904), The theory of business enterprise, New York: Schribner's (trad. it. 1970, La teoria *dell'impresa*, Milano: Angeli).
WHIDDETT S. e KANDOLA R. (2000), Fit for the *job?*, in *People* Management, n. 11.

ABSTRACT

In November 2000 the University of Ferrara conferred an honorary degree in Law on Aris Accornero. Here are published the *laudatio* of the candidate, read at the

ceremony by Gian Guido Balandi and the Zectio *doctoralis* entiled "The work which changes and the historical dimension of rights".

Nel Novembre 2000 l'università di Ferrara ha conferito la laurea *honoris* causa in Giurisprudenza a Aris Accornero. Sono qui pubblicate la *laudatio* del candidato, letta alla cerimonia da Gian Guido Balandi e la Zectio *doctoralis,* intitolata "Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti".

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

ARRIGO D. MANFREDINI

RESPONSABILITÀ COLLETTIVA E *DAMNUM IN TURBA DATUM*

Una prospettiva comparatistica

1. – L'aspirazione della società contemporanea verso l'espansione dei danni risarcibili è forte e crescente.

Pensiamo in particolare ai danni conseguenti a dimostrazioni, tanto frequenti negli anni sessanta e settanta quanto oggi lo sono i danni occasionati dai raduni giovanili, dalle proteste (o dal giubilo) negli stadi, diventati, questi ultimi, scenari frequenti di pulsioni distruttive e teppistiche. La riparazione di tali danni, cagionati da soggetti non facilmente identificabili, si presenta difficile e problematica, presa com'è nelle strette dei principii generali di imputabilità del fatto illecito.

Nella prospettiva penalistica, e con riferimento più spiccato alle 'dimostrazioni', si parla di "delitti di massa" (1). Altrimenti di illeciti collettivi o di gruppo. Oltre ad istigatori, organizzatori ecc., anche i semplici partecipanti più o meno inattivi rispondono penalmente della condotta antigiuridica della massa? Uno sguardo comparativo del tutto cursorio consente di evidenziare indirizzi sensibilmente diversi. Si segnalano i delitti di Aufruhr e di Landfriedensbruch (assembramento e turbamento della pace pubblica) nella originaria formulazione ai §§115 e125 dello StGB (2), ove la responsabilità penale per condotte violente e dannose era attribuita anche ai partecipi formalmente inattivi (3); con la legge 20 maggio 1970 è stata introdotta una

---

(1) Nella dottrina tedesca, anzitutto; v. R. BAJNO, *La* riforma dei *"delitti* di *massa" nella* Repubblica Federale Tedesca, in Indice penale, V, 1971, p. 218. V inoltre G. FLORA, Libertà di riunione e delitti di massa, in Rivista it. di dir. e proc. penale, ns. XIX (1974) p. 471 ss.

(2) Cfr. l'analisi condotta da R. BAJNO, La riforma dei "delitti di massa" nella Repubblica Federale Tedesca, cit., p. 233 ss.

(3) R. BAJNO, La riforma dei "delitti di massa" nella Repubblica Federale Tedesca, cit., p. 234.

disciplina più restrittiva (4). Di contro, il diritto francese ha manifestato tendenze apertamente 'oggettivistiche' con la legge anti-casseurs (5) che aveva modificato, tra l'altro, l'art.314 del precedente codice penale, abrogato con la legge 81-1134 23 dicembre 1981. Così i commenti: "[...] la tendenza della massima parte dei giudici (e di una parte della stessa dottrina transalpina), è sempre andata nel senso di imputare a tutti i soggetti dediti ad attività illecite "di gruppo" (disordini in uno stadio, risse, attività lavorative imprudenti o negligenti, condotte colpose contestuali di più soggetti nell'ambito della circolazione stradale, ecc.) ogni fatto dannoso rispetto al quale risultava impossibile determinare il ruolo di ciascuno dei consociati" (6).

In una prospettiva più strettamente civilistica, la giurisprudenza francese ammette senz'altro che per un danno derivante da un'action collective, per esempio un'attività di caccia o una bagarre, vi sia la responsabilità solidale di tutti se non si trova l'autore (7).

Il diritto tedesco conosce una norma specifica contenuta nel BGB § 830: Haben mehere durch eine gemeinschaflich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ernitteln lasst, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat (8). Orbene, questo testo, premesso il principio della solidarietà per il caso di più persone che, partecipando ad un'azione illecita comune, abbiano causato un danno, stabilisce che lo stesso vale se non si perviene a conoscere chi ha causato il

---

(4) Ma v. R. BAJNO, La *riforma* dei "delitti di massa" nella Repubblica Federale Tedesca, cit., p. 250.

(5) Per il testo, v. legge 70-480 8 giugno 1970 per la repressione di alcune forme di delinquenza, in Indice Penale, IV, 1970, p. 761 ss. Più ampiamente, J. BOUZAT, La loi *8 juin 1970* tendant à reprimer certaines *formes* nouvelles de délinquence (dite *"loi anti-casseurs"*), in En *hommage à* Jean Constant, Liège 1971, p. 51 ss. Interessante osservazioni comparative in R. BAJNO, La *riforma* dei *"delitti* di massa" nella Repubblica Federale Tedesca, cit., p. 251 ed in G. FLORA, Libertà di riunione e delitti di massa, in Rivista it. di dir. e proc. penale, cit., p. 479 ss.

(6) A. BERNARDI, La disciplina prevista dal nuovo codice francese in tema di criminalità organizzata, in Riv. it. di dir. e proc. penale, XLIII (2000) p. 992 ss. L'a. cita MAYAUD, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, in Rev. inter. de dr. pén., 1997, n. 3-4, p. 794 ss.; DESPORTES, LE GUNEHEC, *Le* nouveau droit *pénal,* I, Droit *pénal général,* Paris 1999, p. 424 ss.

(7) Casi e sentenze in Code Civil, 98ème édit. rédigée avec le concours de G. GOUBEAUX, PH. BIHIR, X. HENRY, G. VENANDET, Paris 1999, Dalloz, p. 1084.

Per quanto concerne la giurisprudenza spagnola, non ci è stato possibile condurre i dovuti approfondimenti. Uno spunto nella direzione interpretativa francese è in *Doctrina* y *jurisprudencia del* codigo civil, a cura di C. Vasquez Iruzubieta, Madrid 1992[4], p. 2850 (autor disconoscido).

(8) "Se più hanno, con un'azione illecita commessa in comune, causato un danno, ognuno ne è responsabile. Lo stésso vale se non si può venire a conoscere chi, fra più partecipi, ha causato il danno colla sua azione": L. EUSEBIO, Codice Civile *dell'Impero Germanico,* trad. it., Torino 1897, p. 120.

danno con la sua azione. Pertanto, quando resta ignoto l'autore, uno qualsiasi appartenente al gruppo può essere chiamato a rispondere (9).

Nel diritto italiano questo caso non è legislativamente contemplato, fatta ovviamente eccezione per le ipotesi in cui la legge istituisce i così detti fondi di garanzia che consentono il risarcimento del danno anche quando non è noto l'autore (10). All'opposto, va segnalata una recente pronuncia della Corte Costituzionale (11) la quale considera i danni, il cui autore resta ignoto, derivanti da azioni di più soggetti, contestuali ma autonome. Nella misura in cui spetta sempre al danneggiato dimostrare il nesso causale tra condotta ed evento lesivo, afferma la Corte, se egli non prova a quale (o a quali) del gruppo vada imputato il danno, questo resta irrisarcito. Così la Cassazione (12). "[...] e se non si identifica la precisa imputabilità dell'evento a due o più persone che, in ipotesi, possono avere prodotto il danno con azioni contestuali ma autonome, la pretesa risarcitaria deve essere respinta non potendosi addossare una responsabilità per così dire collettiva, sol perché non si acquista la prova dell'imputabilità individuale" (13). Invece, per le azioni di gruppo non autonome ma comuni, diamo voce ad un autorevole studioso: "La mancata identificazione del singolo autore del danno non esclude la responsabilità solidale del gruppo quando il danno sia scaturito dall'azione comune di un gruppo di persone. L'attiva partecipazione ad un'azione comune contribuisce a creare il rischio specifico di danno inerente a quell'azione. Es.: un gruppo di persone irrompe in un locale, travolgendo e danneggiando i mobili che lo arredano rende solidalmente responsabile il singolo in quanto la sua partecipazione contribuisce a creare il rischio specifico di danno inerente a quell'azione" (14).

2. – A fronte di queste oscillazioni emerse dalla rapida messa a confronto di alcune esperienze nazionali, può essere rignificativo il richiamo al diritto romano, precisamente all'editto *de* turba. Secondo noi è possibile sostenere che il diritto pretorio, o almeno l' interpretazione giurisprudenziale che ne è seguita, ha inteso sanzionare, per il caso di un danno dato in un gruppo, oltre all'autore del danno e all'istigatore, anche il semplice partecipante del raggruppamento.

---

(9) Cfr., in generale, J. VON STANDINGERS, *Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz* und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der *Schuldverhaltnisse*, §§ 830-833, 13 Bearb., Berlin 1997.

(10) Ad esempio, art.19 legge 990/69, fondo di garanzia per le vittime della strada; ari.25 legge 157192, fondo di garanzia per le vittime della caccia.

(11) Cort. Costituzionale 4 marzo n. 79 (gazzetta ufficiale, 1ª serie speciale, 11 marzo 1992, n. 11, con nota di G. Ponzanelli, in FI, 1992, I, p. 1347).

(12) C.13 maggio 1989, n. 2204. Codice civile annotato a cura di P. Cendon, Milano, p. 2207. V. anche C. M. BIANCA, Diritto Civile, V, La responsabilità, Milano 1994, p. 648.

(13) La sentenza richiama anche Cass. 13.6.1977 n. 2455 e 14.6.1978 n. 2962.

(14) C. M. BIANCA, Diritto civile, V, cit., p. 648.

Ci informa su questo prowedimento un lungo frammento ulpianeo tratto dal libro 56 *ad edictum* e collocato dai compilatori in D. 47, 8 *Vi bonorum raptorum et de turba*. Questo prowedimento ha inteso disciplinare il *damnum in turba datum*, ipotesi ben distinta da quella contemplata nel più noto editto *de damno hominibus coactis dato*, con il quale ha condiviso la collocazione sistematica, verosimilmente a partire dall'Editto perpetuo (15) fino alla compilazione giustinianea. È lo stesso Ulpiano (16) ad avvertire che l'editto *de turba* non va confuso con l'altro, citato per primo: *eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est [vel raptum etiam non coactis hominibus]: at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est...*

Veniamo al testo dell'editto (17). Cosi Ulp. D. 47, 8, 4 pr.: *Praetorait.: 'Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo'.*

Orbene, il pretore si dispone a dare azione (nel doppio, entro l'anno) "contro colui per dolo del quale in un gruppo si dica che un qualche danno è stato fatto".

Premesso che ci troviamo di fronte ad un'azione penale, a noi interessa immediatamente vedere contro chi era possibile agire per la persecuzione di tale danno arrecato *in turba*. Giova seguire Ulpiano nella sua analisi dell'editto.

Il giurista anzitutto si interroga sul significato di *turba*. Già come diceva Labeone, *turba* è un tipo di tumulto. Non è una rissa. Ci vogliono almeno dieci o quindici uomini: *turba* è la perturbazione e l'assembramento di una moltitudine di uomini (18).

Si delinea chiaramente lo scenario dell'editto *de turba* e lo scopo che persegue: le adunate sediziose di una folla, organizzate ad arte o provocate li per lì, dove ci scappa l'immancabile danno e, per le circostanze in cui esso ha

---

(15) O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927³ p. 395.

(16) D. 47, 8, 4, 6 (Ulp. 56 ad ed.).

(17) E opinione risalente che questo testo non sia incorrotto. Mancherebbe il riferimento all'in *turba amissum* di cui è parola in D. 47, 8, 4, 9; andrebbe notata la discrasia tra *damnum quid factum esse* e *damni quid factum esse*, di cui è parola in D. 47, 8, 4, 4.6 e in D. 47, 8, 2 pr.; infine, la unica previsione *cuius dolo malo in turba damni quid factum esse dicetur* sarebbe in contrasto con la duplice previsione attestata in D. 47, 8, 4, 1 e 4: *hoc autem edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo malo fecerit ut in turba damni quid dareturt*, confermato da *PS* 5, 3, 1: *In eos, qui per turbam seditionemve damnum alicui dederint dandumve curaverit...*: *O.* KARLOWA, *Romische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1909, p. 1343. Ci limitiamo ad osservare che la formulazione della previsione edittale è tanto ampia da sussumere le diverse condotte precisate nel commento dei giuristi.

(18) D. 47, 8, 4, 42.3. Il richiamo a Labeone è il solo elemento di datazione dell'editto: O. KARLOWA, *Romische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1343.

luogo — danno anonimo, più opera della folla che del singolo — il danneggiato difficilmente potrebbe esercitare la comune azione di danno *ex lege Aquilia.*

Ma veniamo ai legittimati passivi, seguendo Ulp. D. 47, 8, 4, 4: *Hoc autem edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo malo fecerit, ut in turba damni quid daretur, sive illo venerit sive non fuerit praesens: dolus enim malus etiam absentis esse potest.*

Anzitutto è tenuto l'autore del danno, *qui damnum in turba dedit.*

È poi tenuto chi, intenzionalmente, abbia fatto sì che un danno fosse dato *in turba,* non importa se assente dall'assembramento perchè può avere manovrato da lontano. I1 riferimento all'organizzatore ed all'istigatore sembra fuori discussione.

Segue poi, nella disamina ulpianea, un paragrafo che gli studiosi hanno per lo più (19) ritenuto insiticio perchè non farebbe che ripetere, in modo contorto, quanto è detto nel paragrafo precedente (20). Leggiamo Ulp. D. 47, 8, 4, 5: *Hoc edictum dicendum est etiam eum teneri, qui venit et in turba fuit auctor damni dandi, si tamen et ipse inter turbam fuit, cum damnurn daretur, et dolo malo fuit: nam et huius dolo malo in turba damni quid factum esse negari non potest.* Giova riportare letteralemnete la critica più serrata condotta al testo: «... nel § 4 si diceva, in forma chiara e inequivocabile, che risponde in base al presente editto non solo chi abbia (dolosamente)arrecato un danno *in turba,* ma anche chi abbia fatto dolosamente in modo che un danno fosse arrecato in turba, e ciò indipendentemente dalla sua presenza fisica sul luogo del misfatto; nel § 5 si comincia col ripetere, in forma più involuta, che sarà tenuto anche chi *"in turba fuit auctor damni dandi",* ma si precisa in contraddizione con quanto precedententemente affermato, che è necessario che, al momento della commissione dell'illecito, il convenuto si sia a sua volta trovato *"inter turbam"* e dolosamente. Ci sembra, dunque, fortemente probabile che quest'ultimo paragrafo sia estraneo al testo originario e riproduca piuttosto una glossa esplicativa, peraltro più idonea a confondere le idee che a chiarirle» (21).

---

(19) Per tutti, G. BESELER, *Romanistische* Studien, in TR, X (1930) p. 210; Unklassische Worter, in ZSS LVII (1937) p. 6. Invece, non esisterebbe contraddizione tra il par. 4 e il par. 5 del passo ulpianeo per L. VACCA, Ricerche in tema di actio vi *bonorum raptorum,* Milano 1972, p. 55 nt. 14. Secondo l'a., i due passi rifletterebberole ipotesi principali contemplate nel testo edittale con le parole Cuius dolo *malo* in turba *damnum* quid *factum* esse dicetur: il caso di chi, pur non partecipando all'azione, ha fatto in modo che venisee dato un danno in turba (par. 4) e il caso di chi, pur non avendo intenzione di provocare l'assembramento, ha arrecato in questa occasione intenzionalmente un danno.

(20) M. BALZARINI, Ricerche in tema di danno violento *e* rapina, Padova 1969, p. 251 s.

(21) M. BALZARINI, Ricerche in tema di danno violento e rapina, cit., p. 251 s. Giova riportare per esteso anche la nt. 67 di p. 251: «Si richiede, precisamente, che l'auctor si sia aggregato alla turba (venit) e sia stato presente sino al momento del danneggiamento.

Orbene, noi crediamo che di questo passo, certamente non limpido, sia possibile una lettura conservativa, orientata a scorgervi non una ripetezione ma un caso del tutto differente dagli altri sopra delineati. Intendiamo valorizzare il lessema *auctor damni dandi*. A noi sembra si voglia indicare non l'autore del danno *che* è *stato fatto* ma *l'auctor* nel senso di *adiutor* (22) del danno *da farsi*. È divisato colui che è intenzionalmente venuto *in turba* e, per il fatto di esserci, 'dà impulso', 'contribuisce' al danno che 'deve essere dato'. Il gerundivo introduce l'idea del danno implicito *(damnum dandum)*, come implicita è la responsabilità, per il danno effettivo *(damnum datum)*, di chi si limita a prendere parte alla *turba*. A noi pare dunque che la locuzione *qui venit et in turba fuit auctor damni dandi* possa rinviare al semplice partecipante della *turba* (non il mero curioso, probabilmente), il quale risponde della condotta antigiuridica della massa. Il danno che qualcuno, destinato probabilmente a restare anonimo, arrecherà, dipende anche dal partecipante passivo. Così, le ultime parole del passo: *nam et huius dolo malo in turba damni quid factum esse negari non potest.*

Non sembra azzardato scorgere, nella *ratio* di questa norma, l'idea che la semplice, intenzionale, partecipazione bastasse ad accrescere la pericolosità sociale dell'assembramento ed il singolo partecipante determinasse un potenziamento dello "stimolo circolare criminogeno" (23) al punto da giustificare una sorta di responsabilità collettiva.

Da ultimo citiamo un passo delle Pauli Sententiae che, come si sa, rifletterebbe una prospettiva postclassica. La prima delle diverse figure di illeciti (tutte caratterizzate dall'elemento comune del gruppo) riunite sotto la rubrica *de his quae per turbam fiunt* di *PS* 5, 3, 1, recita: *In eos, qui per turbam seditionemve damnum alicui dederint dandumve curaverint, si quidem res pecuniaria est, aestimatione dupli sarcitur: quod si ex hoc corpori alicuius, vitae membrisve noceatur, extra ordinem vindicatur.*

Si noti l'accentuazione dell'aspetto collettivistico della responsabilità con l'impiego dell'espressione *per turbam*, in luogo di *in turba* . Si noti altresì la riduzione a due delle condotte: il *damnum datum* e il *damnum dandum:* come a voler rimarcare, con l'asciuttezza propria delle trattazione elementari, chi partecipa attivamente alla turba e causa direttamente il danno e chi vi partecipa passivamente e lo causa indirettamente.

Si noti, peraltro, a qual punto la forma del passo sia involuta e pedante: a) si comincia a fare riferimento a colui che "venne" e che, nella turba, fu auctor della commissione del danno (non che fece sì che il danno fosse arrecato in turba); b) si richiede, poi, che lo stesso soggetto si sia trovato "tra la turba" al momento del danneggiamento (il che sembra già implicito nel periodo precedente: in turba fuit auctor) e che ci si sia trovato dolosamente (si badi: il dolo sembra consistere nell'essersi trovato nella turba); *c)* infine, si giustifica la soluzione dicendo che non si può negare che il danneggiamento sia stato arrecato in turba per suo dolo, il che è del tutto pleonastico».

(22) TH. L.L. sv. auctor, II, 3 col. 1198. Senz'altro anche suasor, il partecipante attivo.

(23) V. R. BAJNO, La *riforma* dei *"delitti* di massa" nella Repubblica Federale Tedesca, cit., p. 236 con letteratura sulla psicologia dei comportamenti di massa.

ABSTRACT

A case of dammage incurred by a group of allarged toortfeasors, where the identity of the individua1directly responsible is unknown: is it a case of joint liability? Are the members of the group jointly liable on the basis of their partecipation in the group? A comparative sight, with particular reference to the *Edictum* de turba (principal texts: D.47, 8, 4 pr.; D. 47, 8, 8, 4: D. 47, 8, 4, 5; PS 5, 3, 1).

Un caso di danno provocato nel corso di un assembramento dove resta sconosciuto il diretto colpevole: è un caso di responsabilità collettiva? Sono i membri del gruppo solidamente responsabili sulla base della sola partecipazione? Uno sguardo comparativo, con particolare riferimento all'*Edictum* de turba (testi principali: D. 47, 8, 4 pr.; D. 47, 8, 4, 4; D. 47, 8, 4, 5; PS 5, 3, 1).

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

ALESSANDRO BERNARDI

I PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI IN TEMA DI SANZIONI NELLE RECENTI LEGGI COMUNITARIE (")

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. La tradizionale carenza di disposizioni sanzionatorie negli atti comunitari e le sue cause. — 3. I principi di leale cooperazione e di proporzione nell'ordinamento comunitario. Il loro influsso sulle scelte punitive nazionali per l'attuazione delle fonti CE. — 4. Dai principi comunitari incidenti sulla tutela sanzionatoria della normativa europea ai "criteri e principi direttivi" in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie annuali. — 5. L'attuazione degli atti comunitari attraverso decreti legislativi. "Principi e criteri direttivi" di matrice parlamentare e principio di riserva di legge. — 6. La necessaria conoscenza da parte del Parlamento dei testi comunitari da attuare ai fini della stesura dei "principi e criteri direttivi" in materia sanzionatoria. — 7. L'effettivo molo del legislatore italiano nelle diverse fasi del processo normativo comunitario. — 8. L'ambito d'applicazione dei "criteri e principi direttivi generali" per la scelta della sanzione adottati dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998. I problemi determinati dalla estrema eterogeneità delle sottostanti violazioni. — 9. I canoni sanzionatori a carattere generale contenuti nelle recenti leggi comunitarie: in particolare, il 'principio di necessità" della risposta punitiva. — 10. I canoni sanzionatori generali ispirati al "principio di proporzionalità". — 11. Ancora sui canoni sanzionatori generali: il "principio di identità" delle sanzioni previste per le violazioni omogenee e di pari offensività. — 12. Limiti fisiologici e patologici del "principio di identità" delle sanzioni. — 13. I canoni sanzionatori "speciali" introdotti dalle recenti leggi comunitarie annuali. — 14. Sulla conformità dei canoni sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie annuali ai criteri per la scelta delle tipologie punitive suggeriti dalle circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri 19 dicembre 1983 e 5 febbraio 1986. — 15. I canoni sanzionatori sanciti dalle leggi comunitarie annuali e il problema della loro coerenza con i vincoli posti dalla Comunità rispetto alle misure punitive nazionali. — 16. Considerazioni conclusive. — 17. Postilla.

(") Nel presente scritto vengono sviluppate considerazioni già espresse nell'ambito di un contributo a un commentario collettaneo su alcuni dei più significativi aspetti delle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998, pubblicato nella Rivista di diritto agrario, 1999.

1. *Considerazioni introduttive.*

Oltre dieci anni fa, per porre rimedio alle inadempienze dell'Italia in ambito comunitario, veniva varata la cosiddetta "legge La Pergola" *(1.9* marzo *1989,* n. 86), istitutiva della legge comunitaria annuale (1). Salutata al suo sorgere come strumento fondamentale di evoluzione e razionalizzazione delle procedure di adeguamento del diritto interno alla normativa europea (2), la legge comunitaria annuale si è rivelata alla prova dei fatti non priva di punti deboli (3), ma pur sempre capace di influenzare nel profondo il vieppiù vistoso fenomeno di comunitarizzazione del diritto nazionale (4). In particolare — per quanto specificamente attiene al diritto penale e al diritto penal-amministrativo — le leggi comunitarie annuali indirizzano e condizionano il processo di attuazione sanzionatoria dei testi di diritto comunitario contenuti negli allegati (5), nonché degli ulteriori testi comunitari privi di

---

(1) *Al riguardo cfr., in particolare,* BAIOCCHI, *La legge 9 marzo 1989 n. 86 sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, in Dir. com. scambi internaz., 1989, p. 444 ss.;* GUIZZI, *La legge La Pergola n. 86/89: una impostazione nuova del circuito decisionale ed operativo Italia-Comunità, in Riv. dir. eur., 1990,* **p.** *4 ss.;* SALVATORE, *Nuove norme sullhdattamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario, in Dir. com. scambi internaz., 1989,* **p.** *432 ss.;* TIZZANO, *Note introduttive alla "legge La Pergola", in Foro it.,* 1989, *IV,* c. 314 *ss.; nonché il commento alla 1.9 maggio 1989, n. 86 a cura di* BORRONI, CLERICI, *MARZANATI,* MAZZONI HONORATI, STANSFIELD, VIVIANI *SCHLEIN, in Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1991, *p. 532 ss.*

(2) Cfr. *in dottrina, con varietà di accenti,* ADINOLFI, *Il disegno di legge comunitaria per il 1991: un meccanismo ormai "a regime"?, in Riv. dir. internaz., 1991 p. 100 ss.;* CANNIZZARO, *La legge comunitariaper il 1990 e il d.d.l. per il 1991, in* MORISI, *L'attuazione delle direttive Ce in Italia, Milano, 1992, p. 203 ss.;* CARETTI, *La nuova disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla l. n. 86 del 1989, alla prova: la prima "legge comunitaria" (legge 29 dicembre 1990, n. 428), in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991,* **p.** *331 ss.*

(3) *Cfr., tra gli altri,* MASTROIANNI, *La legge comunitaria per il 1993, in Foro it., 1994,* IV, c. *350 ss.;* TESAURO, *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1992, p. 385 ss.*

(4) *In merito a tale fenomeno e ai suoi diversi aspetti cfr. per tutti, limitatamente al diritto amministrativo,* CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993,* **p.** *329 ss.; limitatamente al diritto civile sostanziale e processuale,* ALPA, *Note sulla costruzione del diritto privato europeo, in Dir. soc., 1993, p. 111 ss.;* FAZZALARI, *Per un processo comune europeo, in Foro it., 1994, V,* c. *23 ss.;* ZACCARIA, *Introduzione al "diritto privato europeo", in Studium iuris, 1997, p. 133 ss.; limitatamente al diritto penale,* GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995,* **p.** *1159 ss.;* BERNARDI, *"Europeizzazione" del diritto penale commerciale?, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, p. 1 ss.*

(5) *Come noto, in sede di attuazione indiretta della normativa CE, la legge comunitaria annuale distingue nell'ambito dei suoi allegati i testi da recepire a seconda delle loro modalità di attuazione, e in particolare a seconda che* quest'ultima

una adeguata disciplina sanzionatoria: vale a dire di decine, quando non addirittura di centinaia, di direttive e regolamenti CE. Le leggi comunitarie annuali contengono, infatti, "criteri e principi direttivi" in tema di sanzioni cui gli organi nazionali di produzione normativa debbono attenersi nell'ambito della loro attività di trasposizione delle norme europee e di predisposizione delle risposte a contenuto afflittivo volte a tutelare i relativi precetti.

Di fatto, le leggi comunitarie che (sia pure non con l'auspicata puntualità) si sono succedute nell'arco di questo decennio (6), sono venute progressivamente arricchendosi di canoni sanzionatori capaci di vincolare in vario modo e misura la discrezionalità degli organi normativi interni in ordine agli strumenti preventivo-repressivi adottabili a fini di attuazione delle fonti CE. In particolare, nel delegare il Governo ad introdurre sanzioni anche penali destinate a garantire l'effettività delle norme varate a Bruxelles, le leggi comunitarie si preoccupano di circoscrivere il campo delle opzioni punitive utilizzabili, condizionando così il volto stesso dei decreti legislativi deputati a conformare il diritto interno alle scelte prese in ambito sovrastatuale.

Tutto ciò considerato, sarebbe lecito supporre che, al varo di ogni legge comunitaria, i relativi canoni sanzionatori siano oggetto di grande attenzione da parte di una scienza penalistica giustificatamente desiderosa sia di vagliarne l'astratta legittimità e congruità sia di verificarne le ricadute sul piano pratico-applicativo. Viceversa, è d'obbligo constatare che — fatta salve alcune interessanti riflessioni in argomento (7) — ai suddetti canoni non sono

---

debba essere realizzata: a) attraverso delega legislativa al Governo, corredata dei principi e criteri direttivi cui il legislatore delegato deve conformarsi; b) per mezzo di autorizzazione al Governo ad esercitare la potestà regolamentare, eventualmente previa delegificazione delle materie già disciplinate da legge ma non oggetto di riserva di legge; c) tramite recepimento mediante regolamento ministeriale o atto amministrativo, laddove non vi sia riserva di legge e non siano necessarie modifiche legislative.

(6) L. 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria 1990); l. 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria 1991); l. 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria 1993); l. 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994); l. 24 aprile 1998, n. 128 (legge comunitaria 1995-1997); l. 5 febbraio 1999, n. 25 (legge comunitaria 1998)

(7) Cfr., senza pretesa di completezza, DOLCINI, Principi costituzionali e diritto penale *alle* soglie *del* nuovo millennio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 15; FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'*impresa*. *Profili* penalistici, Milano 1997, p. 553 ss.; F. GIAMPIETRO, Sanzioni amministrative e penali nel decreto Ronchi: la violazione della legge-delega, in Ambiente, 1997, p. 999 ss.; ID., *Comunitaria '95-'97* e ambiente: testi unici compilativi e sanzioni penali aggravate..., in Ambiente, 1998, p. 633 ss.; P. GIAMPIETRO, *"Bozza"* del *T.U.* a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema sanzionatorio, in Ambiente, 1998, p. 807 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso* di diritto penale. 1 — Le fonti. *Il* reato: nozione, struttura e sistematica, Milano, 1999, p. 157 ss.; PALAZZO, *Diritto* penale, in *Giuristi* e *legislatori,* Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto, a cura di P. Grossi, Biblioteca "Per *la* storia del pensiero giuridico moderno': n. 50, Milano, 1997, pp. 335 ss. e 352.

state riservate adeguate indagini, ma solo schematici commenti ([8]). Viene dunque spontaneo cercare le ragioni di tale scarso interesse da parte della dottrina e degli stessi operatori del diritto.

Al riguardo, una prima ragione potrebbe risiedere nel fatto che i criteri e principi direttivi in tema di sanzioni previsti dalla legge comunitaria, lungi dal costituire disposizioni immediatamente precettive, risultano di per sé inapplicabili in sede di giudizio ([9]).

Una seconda ragione potrebbe cogliersi nel fatto che i suddetti canoni sanzionatori finiscono di regola con l'incorporarsi in norme non già codicistiche, bensì collocate all'interno della legislazione complementare: vale a dire all'interno di una legislazione tanto sovrabbondante di fattispecie astratte quanto, salvo eccezioni ([10]), povera di puntuali studi e commentari ([11]).

Ancora, una terza ragione potrebbe essere individuata nel fatto che, almeno sino a tempi recentissimi, i temi relativi al cosiddetto "diritto penale comunitario" ([12]) venivano considerati con sfavore, o addirittura ignorati dalla prevalente dottrina. Come si sa, questa indifferenza derivava vuoi da

---

([8]) Cfr., ad esempio, limitatamente alla l. 22 febbraio 1994, n. 146, LP, 1994, p. 149-150; limitatamente alla l. 6 febbraio 1996, n. 52, LP, 1996, p. 378; limitatamente alla l. 24 aprile 1998, n.128, LP, 1998, p. 714-715.

([9]) Come noto, infatti, in quanto principi di delega, la possibilità di impugnare tali principi e criteri davanti alla Corte costituzionale è subordinata alla loro incorporazione nella legge delegata.

([10]) Eccezioni concernenti, di regola, le "grandi" riforme della parte speciale e della legislazione complementare. Cfr., al riguardo, le osservazioni di PALAZZO, Diritto penale, cit., p. 341.

([11]) Per altro verso, tale povertà si spiega anche col fatto che le fattispecie penali e penal-amministrative di derivazione comunitaria sono nella loro quasi totalità costruite facendo ricorso alla tecnica del rinvio nelle sue diverse configurazioni (cfr. sul punto, per tutti, BERNARDI, Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare, in Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare, Milano, 1999, p. 102 ss.; BERNASCONI, L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale, in Indice pen., 1996, p. 460 ss.). Questo stato di cose favorisce da un lato la loro ulteriore moltiplicazione e polverizzazione (cfr., in particolare, 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.), dall'altro lato, in misura pressoché proporzionale, il tendenziale disinteresse della dottrina ad una loro puntuale disamina.

([12]) Sul "diritto penale comunitario" e sulle relative tematiche cfr., tra gli altri, DELMAS-MARTY, Union européenne et droit pénal, in Cahiers de droit européen, 1997, p. 607 ss.; GRASSO, La formazione di un diritto penale *dell'Unione* europea, in Prospettive di un diritto penale europeo, a cura di G. Grasso, Milano, 1998, p. 2 ss.; JESCHECK, Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione *dell'Unione* europea, in Indice pen., 1998, p. 221 ss.; LANZI, BALESTRIERI, voce Diritto penale comunitario, in Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale, tomo I, Milano, 1997, p. 655 ss.; MANACORDA, Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di *sviluppo*, in *Studium* iuris, 1997, p. 945 ss.; RIONDATO, Competenza penale della

una ipotizzata "incompatibilità" tra diritto penale e diritto comunitario ([13]), vuoi comunque da una non ancora raggiunta sensibilità verso le esigenze di attuazione penale e penal-amministrativa delle fonti di diritto comunitario derivato così come, più in generale, verso il sempre più vasto e complesso fenomeno di "europeizzazione" del diritto punitivo.

Infine, e soprattutto, una quarta causa potrebbe rinvenirsi nel fatto che i principi e criteri sanzionatori di cui alla legge comunitaria costituiscono un classico "tema di confine", a cavallo tra diritto penale, diritto amministrativo, diritto costituzionale e diritto comunitario: un tema, dunque, difficilmente dominabile se osservato attraverso il prisma offerto da una sola di queste branche del diritto.

E tuttavia, sembra in ogni caso utile per il penalista indagare su tali norme di principio, sia pure nella consapevolezza della "settorialità" della prospettiva privilegiata.

In effetti, i canoni sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie appaiono destinati ad attrarre sotto molteplici profili l'attenzione dei cultori del diritto criminale.

Innanzitutto, si rivela quantomeno opportuno verificare se i canoni sanzionatori in oggetto, per la loro stessa formulazione e per il peculiare contesto in cui si collocano, possano soddisfare le contrapposte istanze sottese al meccanismo della delega legislativa e al principio di riserva di legge in materia penale; o se, viceversa, in sede di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario, essi non riescano ad evitare un processo di snaturamento di tale meccanismo e/o di tale principio.

Inoltre, secondo quanto in precedenza ricordato, è indubbio che dai suddetti canoni finiscono in larga misura col dipendere i modi e le forme attraverso cui viene offerta tutela ai numerosissimi testi normativi adottati a Bruxelles. Di qui, l'esigenza di verificare la congruenza politico-criminale dei vincoli posti dalle leggi comunitarie alle scelte punitive nazionali attuative del diritto CE.

Infine, risulta evidente che tali canoni rappresentano un fondamentale anello di congiunzione tra diritto comunitario e diritto penale: anello ineluttabilmente ricco di componenti problematiche, stante il rapporto di

---

Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, Padova, 1996, *passim*; SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, in *Dig.* disc. pen., vol. IV, 1990, p. 89 ss.; TIEDEMANN, *Diritto* comunitario e diritto penale, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1993, p. 209 ss.; ID., *L'europeizzazione* del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 3 ss.; volendo BERNARDI, I tre volti del *"diritto* penale comunitario": in *"Possibilità* e limiti di un diritto penale *dell'Unione* europea", a cura di L. Picotti, Milano, 1999, p. 41 ss.

([13]) Vale a dire di una presunta impossibile o comunque scarsissima interazione tra queste due branche del diritto. Cfr., al riguardo, le osservazioni di DELMAS-MARTY, Verso un diritto penale comune europeo?, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 543.

tensione tuttora intercorrente tra questi due campi del diritto. In particolare, non devono essere sottovalutati i rischi derivanti da una eventuale, parziale disarmonia tra i canoni sanzionatori dettati dalle leggi comunitarie annuali e i principi generali di diritto comunitario volti ad imporre agli Stati membri penetranti obblighi di tutela.

È appena il caso di ricordare che un'indagine in chiave penalistica dei canoni sanzionatori in questione appare di particolare attualità, a seguito del varo, in rapida successione, delle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 ([14]); leggi all'interno delle quali si rinvengono, a fianco di principi e criteri sanzionatori a carattere generale ricalcati in larga misura su quelli previsti dalle leggi comunitarie 1993 e 1994, alcuni principi e criteri sanzionatori "speciali", pensati in funzione delle particolari esigenze di tutela proprie di taluni atti o gruppi di atti di diritto comunitario derivato.

Il presente studio si incentra, appunto, sui canoni sanzionatori, generali e speciali, contenuti nelle due più recenti leggi comunitarie. Naturalmente, alla luce delle fortissime analogie riscontrabili all'interno delle ultime quattro leggi comunitarie, quantomeno limitatamente ai canoni sanzionatori generali ivi previsti, molte delle osservazioni effettuate in margine ad essi e al relativo contesto giuridico-istituzionale valgono anche rispetto alle disposizione dettate in materia dalle due precedenti leggi comunitarie.

2. La tradizionale carenza di disposizioni sanzionatorie negli atti comunitari e le sue cause.

Un esame dei criteri e principi direttivi in materia sanzionatoria dettati dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 in sede di delega (o di autorizzazione) al Governo per l'emanazione di disposizioni concernenti la disciplina punitiva applicabile in caso di violazione della normativa di fonte "europea", richiede necessariamente una premessa a carattere generale. Premessa volta a sottolineare come e perché la massima parte delle direttive e dei regolamenti CE sia assai povera tanto di disposizioni deputate a vincolare le scelte punitive nazionali adottabili in relazione alle violazioni delle norme contenute negli atti in questione, quanto di disposizioni che prevedano, per le suddette violazioni, sanzioni *stricto sensu* comunitarie.

Le ragioni per cui gli atti comunitari di diritto derivato presentano, quantomeno di regola, una carenza di prescrizioni in materia sanzionatoria (carenza, questa, che a volte contrasta in modo stridente con la ricchezza di precetti, anche molto dettagliati, contenuti in tali atti) vanno ricercate essenzialmente nella *presunta assenza di competenza penale della Comunità,*

([14]) Cfr., *supra, sub* nt. 6.

nonché nei *principi di sussidiarietà* (15) *e di stretta necessità dell'intervento comunitario in ambito sanzionatorio* (16).

a) Per quanto concerne *l'assenza di competenza penale della Comunità*, basterà in questa sede ricordare come la Comunità da un lato non possa — quantomeno a giudizio dei più — varare regolamenti corredati di fattispecie penali direttamente applicabili (17) (pena la violazione del principio di legalità (18) ed anche, secondo taluni, del principio di sovranità naziona-

---

(15) Previsto, come noto, dall'art. 5 comma 2 TCE, in base al quale "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario".

(16) In argomento cfr., tra gli altri e con impostazioni non coincidenti, RIONDATO, *Competenza* penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, Padova, 1996, p. 132 ss.; SCHOCKWEILER, La répression des infractions *au* droit *communautaire* dans la jurisprudence de la *Cour,* in La protection du budget *communautaire* et *l'assistence* entre Etats, Luxembourg, 1995, p. 67 ss.; STUYCK, DENYS, *Les* sanctions *communautaires,* in La justice pénale et *l'Europe,* a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 429 ss.

(17) Cfr., tra gli altri, GRASSO, La formazione di un diritto penale *dell'Unione* europea, cit., p. 2 ss.; PEDRAZZI, L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, Milano, 1982, p. 613; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984., p. 11; SALAZAR, Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia, in Cass. pen., 1992, m. 904, p. 1663 ss. *Contra,* nel senso cioè della legittimità di sanzioni penali di fonte comunitaria cfr., da ultimo e per tutti, HAGUENAU, *Sanctions pénales* destinées à *assurer* le respect du droit *communautaire,* in Rev. *Marché commun Un. eur.,* 1993, p. 359 ss.; ID., L'application *effective* du droit *communautaire* en droit interne, Bruxelles, 1995, p. 151 ss.; RIONDATO, Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 28 ss.; 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.

(18) Infatti, a causa del ritenuto deficit democratico comunitario derivante dai limitati poteri attribuiti al Parlamento europeo in sede di formazione del diritto derivato, non potrebbero essere concepibili atti comunitari corredati di fattispecie penali direttamente applicabili. Cfr., a titolo esemplificativo, GRASSO, Il *"Corpus juris"* e le prospettive di *formazione* di un diritto penale *dell'Unione* europea, Prefazione a Verso uno spazio giudiziario europeo — *"Corpus* juris" contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari *dell'Unione* europea, Milano, 1997, p. 1 ss. Tuttavia, per un esame critico di talune norme comunitarie di diritto derivato aventi una efficacia incriminatrice diretta cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, I tre volti del *"diritto* penale comunitario: cit., p . 83 ss. Sul tema del deficit democratico comunitario cfr. per tutti, con atteggiamenti variabili a seconda dell'impostazione accolta, ma anche a seguito del progressivo processo di costruzione comunitaria, CANNIZZARO, Democrazie e sovranità nei rapporti fra Stati *membri* e *Unione* europea, in Dir. *Un.* eur., 2000, p. 241 ss.; CARTABIA, Principi inviolabili e integrazione comunitaria, Milano, 1995, p. 67 ss.; DELMAS-DARROZE, Le

le ([19]); dall'altro lato non sia sinora riuscita neppure a produrre direttive corredate di norme che impongano esplicitamente agli Stati membri di tutelare le prescrizioni in esse previste con sanzioni di tipo penale. Al riguardo, infatti, le resistenze frapposte dai Paesi membri hanno finito per prevalere sugli sforzi degli organi comunitari, così come sugli auspici della

---

traité *d'Amsterdam* et le déflcit démocratique de *l'Union* européenne, in Rev. Marché un. eur., 1999, n. 4, p. 143 ss.; MAJONE, *Europe's* 'Democratic Deficit': the Question *of* Standards, in European *Law Journal,* 1998, p. 5 ss.; PREDIERI, Trattato di Amsterdam e *frattali,* in Dir. Un. *eur.,* 1998, p. 255 ss.; SORRENTINO, La partecipazione *dell'Italia all'Unione* europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, p. 902; VILLANI, Il deficit democratico nella *formazione* delle norme comunitarie, in Dir. com. scambi intern., 1992, p. 600. VACCA, Atti comunitari e procedure di *formazione,* in Riv. dir. eur., 1995, p. 520 ss. Al riguardo, merita comunque di essere rilevate, che, a seguito delle riforme contenute nell'Atto Unico, nel Trattato sull'Unione europea e nel Trattato di Amsterdam, la formazione degli atti di diritto comunitario derivato risulta vieppiù caratterizzata da effettive forme di controllo da parte del Parlamento europeo (cfr., tra gli altri, FANTUZZI, La costruzione *dell'Unione* europea e il ruolo del Parlamento, in Verso la realizzazione della Unione europea, a cura del Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee dell'Università di Ferrara, Ferrara, 1998, p. 95 ss.; GOZI, Prime *riflessioni* sul trattato di Amsterdam: luci ed ombre sul futuro *dell'Unione,* in Riv. it. dir. pubbi. com., 1997, p. 936 ss.; SIMONE, La procedura di consultazione del Parlamento europeo nella *giurisprudenza* recente della *Corte* di Giustizia, in Dir. com. scambi. *intern.,* 1997, p. 443 ss.). Pertanto, secondo taluni, fermo restando che nell'attuale fase del processo di costruzione europea la legalità comunitaria presenterebbe profili differenti rispetto alla legalità nazionale, non potrebbe orrnai negarsi al diritto comunitario "una complessiva legittimazione democratica" RIONDATO, *Competenza* penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza, cit., p. 216; nonchè, da ultimo, lo stesso GRASSO, *Base(s) juridique(s)* pour la mise en oeuvre, in La mise en oeuvre du *Corpus* Juris dans les États-Membres, a cura di M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 397; in termini più sfumati PALAZZO, La legalidad *penal* en la Europa de Amsterdam, in *Revista* penal, 1999, n. **3,** p. 39 ss.; VAGLIASINDI, Diritto penale ambientale e diretta *efficacia* delle direttive comunitarie, in Cass. pen., 1999, p. 278. Nell'ambito della dottrina straniera cfr. altresì, con toni più o meno marcatamente possibilistici, BACIGALUPO, *Base(s) juridique(s)* pour la mise en oeuvre, in La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres, cit., p. 387 ss.; ID., La tutela degli interessi finanziari della *Comunità:* progressi e lacune, in la lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione, Milano, 2000, p. 22 ss.; SPINELLIS, ivi, p. 402 ss.; TIEDEMANN, *Pour* une espace juridique commun après Amsterdam, in Agon, 1997, n. 17, p. 12 ss.; ID., *Base(s) juridique(s)* pour la mise en oeuvre, in La mise en oeuvre du *Corpus* Juris dans *les* États-Membres, cit., p. 404 ss.

([19]) Infatti, secondo questa parte della dottrina, le prerogative penali sarebbero un riflesso immediato della sovranità, e in quanto tali inalienabili. In argomento cfr., per tutti e con varietà d'accenti, DANNECKER, *Strafrecht* in der Europaischen *Gemeinschaft,* in JZ, 1996, p. 869 ss., e bibliografia ivi riportata alla nt. 2; PAGLIARO, *Limiti* all'uniflcazione del diritto penale europeo, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993, p. 203; TESKE, Die Sanktion von *Vertragsverstößen im Gemeinschaftsrecht,* in *EuR,* 1992, p. 271; TIEDEMANN, La tutela penale degli interessi finanziari *della Comunità* europea, in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1991, p. 530.

prevalente dottrina, che riteneva e tuttora ritiene non solo legittima ([20]), ma anche opportuna l'adozione di direttive contenenti puntuali obblighi di incriminazione a carico degli Stati ([21]).

b) Per quanto concerne poi i principi di sussidiarietà e di stretta necessita *dell'intervento comunitario* in ambito sanzionatorio, occorre sottolineare come in base a tali principi siano gli Stati i soggetti deputati in prima battuta a varare le scelte atte a garantire la tutela del diritto comunitario; i soggetti, cioè, tenuti ad individuare e ad inserire nei rispettivi ordinamenti le misure punitive necessarie per prevenire e reprimere le violazioni della norrnativa comunitaria. Una conferma indiretta di tale assunto emerge dalla constatazione che la Comunità, pur disponendo ormai, in campo amministrativo, di una competenza sanzionatoria a carattere generale ([22]), tende a comminare

---

([20]) In ragione innanzitutto dell'esistenza di un complesso di norme comunitarie primarie a carattere vuoi generale — quali, innanzitutto, gli artt. 94 ss, TCE — vuoi specifico — quali, ad esempio, gli artt. 37, 44, 71 TCE — la cui lettura combinata consentirebbe di attribuire alla Comunità la possibilità di imporre, anche in sede penale, vincoli alle scelte sanzionatorie degli Stati.

([21]) Riguardo a tali direttive, merita di essere osservato che — quantomeno a giudizio della dottrina largamente maggioritaria — il loro originario deficit democratico risulterebbe sanato dalle leggi nazionali deputate a dare loro attuazione. Sul punto cfr., *amplius* e per tutti, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989, p. 92 ss. e p. 194 ss., e bibliografia ivi riportata; 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. 58 ss.; FORNASIER, Le pouvoir repressif des *Communautes* européennes et la protection *de leurs intérêts financiers,* in Rev. *Marché commun,* 1992, p. 413; PEDRAZZI, *Il* ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea, in Indice pen., 1967, p. 328 ss.; TIEDEMANN, *L'europeizzazione* del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, pp. 20-21; ZULEEG, Der *Beitrag* des *Strafrechts zur* Europaischen Integration, cit., p. 53 ss. Volendo cfr. altresì, per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in Annali *dell'Università* di Ferrara — Scienze Giuridiche, vol. II, 1988, p. 163 ss. *Contra*, nel senso cioè dell'illegittimità di direttive comunitarie a carattere penale, cfr. PATRONO, Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali, cit., p. 147 ss.; nonché, tra gli altri, OEHLER, Der europaische Binnenmarkt und *sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz,* in *Festschrift Baumann,* Bielefeld, 1992, p. 565 ss.

([22]) Di una competenza, cioè, non circoscritta alle sole ipotesi espressamente previste in talune norme del Trattato CECA (cfr. gli artt. 47 comma 3, 54, comma 6, 58 par. 4, 59 par. 7, 64, 65, par. 5 e par. 6, 66 par. 6, 68 par. 6). e, limitatamente al Trattato CE, alle ipotesi di violazione delle norme comuni sulla concorrenza (art. 83). Infatti, in base alle precisazioni offerte dalla stessa Corte di giustizia (cfr., in particolare, sent. 27 ottobre 1992, causa 240190 (Repubblica federale di Germania contro Commissione), in Riv. trim. dir. pen. econ., 1993, p. 739 ss., con nota di GRASSO, Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie, p. 740 ss.), deve ritenersi che la Commissione e il Consiglio abbiano la possibilità di adottare atti corredati di sanzioni comunitarie nei diversi settori di competenza CE, laddove tali sanzioni si rivelino misure "utili" o "necessarie" in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti in questione.

sanzioni amministrative solo in taluni settori particolarmente "sensibili" (si pensi, innanzitutto, ai settori dell'agricoltura e della pesca, oltre naturalmente al settore della concorrenza), attribuendo alle suddette sanzioni il ruolo di minimo denominatore comune di tutela, destinato semmai ad affiancare ma non a surrogare la risposta punitiva nazionale ([23]). Può quindi affermarsi che la Comunità stessa è sinora apparsa orientata a fare un uso alquanto circoscritto di questa sua particolare competenza: anche se, per vero, non sembra affatto improbabile che, secondo quanto preannunciato dal reg. 2988195 ([24]) nel suo ottavo considerando ([25]), in un prossimo futuro si assista ad un ricorso meno sporadico a tali sanzioni.

Comunque sia, alla luce di quanto sin qui detto non può destare stupore il fatto che siano assai poco frequenti gli atti di diritto derivato nei quali il potere sanzionatorio (o il potere di indirizzo sanzionatorio) della Comunità trovi compiuta espressione, così da surrogare o integrare il potere punitivo degli Stati, owero comunque da condizionare significativamente la discrezionalità nazionale in ordine all'adozione delle misure penali e penal-amministrative deputate a garantire l'effettività degli atti in questione.

In particolare, per quanto concerne *le* direttive, sono estremamente rare quelle che prevedono puntuali vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali. Tra di esse, merita forse di essere menzionata a titolo esemplificativo la direttiva 911250 CEE ([26]), la quale all'art. 1, comma 1, stabilisce che "...gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche". In base a tale norma gli Stati membri sono quindi tenuti a dare attuazione alla direttiva in oggetto attraverso disposizioni volte ad estendere l'ambito applicativo della preesistente normativa sanzionatoria nazionale in

---

([23]) Sul vasto tema delle sanzioni comunitarie, contraddistinte da una tipologia in via di espansione e da una disciplina sempre più chiara e dettagliata, cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ARNAUDO, Le sanzioni della disciplina della *concorrenza :* natura, limiti, prospettive di riforma, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, p. 611 ss.; BERNARDI, I tre volti *del* "diritto penale comunitario", cit., p. 48 ss.; GRASSO, La formazione di un diritto penale *dell'Unione* europea, cit., p. 5 ss.; JESCHECK, Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione *dell'Unione* europea, cit., p. 234 ss.; MAUGERI, Il regolamento *2988/95.* un modello di disciplina *del* potere punitivo *comunitario,* in Riv. *trim.* dir. pen. econ., 1999, p. 527 ss. e 929 ss.; PISANESCHI, Le sanzioni amministrative comunitarie, Padova, 1998.

([24]) Reg. (CE, Euratom) n. 2988195 del Consiglio del 18 dicembre 1995, "relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità", in GUCE L312 del 23 dicembre 1995, p. 1 ss.

([25]) "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".

([26]) Dir. del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991 '(relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore", in GUCE, L122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss.

materia di opere letterarie, owero attraverso l'introduzione di nuove fattispecie analoghe a quelle dirette a tutelare le suddette opere (27). Com'è facile comprendere, si tratta di vincoli sanzionatori *sui generis*, correlati non tanto a tipologie e/o entità di pena predeterminate in sede comunitaria, quanto piuttosto alle scelte punitive precedentemente operate dagli stessi organi nazionali di produzione normativa in relazione a fattispecie analoghe per contenuto e disvalore a quelle di derivazione comunitaria (28). Resta il fatto che i vincoli sanzionatori in tal modo previsti possono talora tradursi in veri e propri obblighi di incriminazione a carico degli Stati. Infatti, ove le violazioni del diritto interno "analoghe per contenuto e disvalore" alle violazioni di fonte comunitaria costituissero reato anziché illecito amministrativo, sussisterebbe il dovere per il legislatore interno di assoggettare anche queste ultime alla sanzione penale. Sotto questo profilo, non è dunque incongruo ritenere che la tecnica di indirizzo sanzionatorio qui descritta sottenda in capo alla Comunità una almeno parziale competenza penale non totalmente priva di profili di ambiguità (29).

Tuttavia, come si è avuto modo di osservare, la direttiva 91/250 CEE ed il relativo meccanismo di assimilazione sanzionatoria in essa esplicitamente previsto costituiscono una vistosa eccezione, che in quanto tale non smentisce la regola secondo cui le direttive comunitarie risultano carenti di rigorosi vincoli rispetto alle scelte punitive nazionali.

Per quanto concerne poi i regolamenti comunitari, come già detto quelli forniti di una propria disciplina sanzionatoria non sono numerosi, e risulta-

---

(27) Per un ricorso congiunto ad entrambe le tecniche sanzionatorie cfr., limitatamente all'Italia, il d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 517, il quale in attuazione della dir. 91/250/CEE da un lato protegge i programmi per elaboratore "come opere letterarie" (art. 1, integrativo dell'art. 1, 1. 22 aprile 1941, n. 633), dall'altro lato introduce una nuova fattispecie penale volta a colpire i fatti di illecita duplicazione, importazione, vendita, distribuzione e detenzione a scopo commerciale dei suddetti programmi con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da lire 500.000 a lire 6.000.000 (art. 10, in base al quale è stato inserito nella suddetta 1. 63311941 l'art. 171 *bis)*.

(28) I vincoli sanzionatori posti dalla direttiva in questione si fondano quindi sul cosiddetto "principio di assimilazione", secondo il quale le violazioni del diritto interno e del diritto comunitario similari per natura e importanza devono essere sanzionate in termini analoghi sotto il profilo sostanziale e processuale. Come intuibile, il ricorso a tale principio, se da un lato non garantisce una efficace armonizzazione interstatuale delle scelte sanzionatorie (dato che gli eventuali, preesistenti squilibri punitivi riscontrabili da uno Stato all'altro in relazione ad illeciti analoghi sono destinati a riprodursi in relazione alle violazioni delle disposizioni previste dalla direttiva in questione), dall'altro lato dovrebbe almeno scongiurare il pericolo che, all'interno di uno stesso sistema, fatti sostanzialmente equivalenti per natura e importanza vengano assoggettati a pene fortemente sperequate.

(29) Volendo cfr., per più ampi sviluppi, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I — La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, ed. prow., p. 186 ss.; ID., *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., p. 79 ss.

no circoscritti ai soli settori della concorrenza (30), nonché dell'agricoltura e della pesca (31). Parallelamente, costituiscono un'eccezione quei regolamenti comunitari i quali impongono agli Stati membri di adottare misure punitive in qualche misura predeterminate nel contenuto, nelle finalità ovvero addirittura nell'entità; misure la quali, dunque, pur senza dare vita a veri e propri obblighi di incriminazione (32), perseguono evidenti finalità di armonizzazione (se non addirittura di uniformizzazione) sanzionatoria a livello interstatuale (33).

In definitiva, è possibile affermare che, di norrna, tanto le direttive quanto i regolamenti comunitari si astengono dal dettare precise prescrizioni a carattere punitivo. E invero, nella massima parte dei casi, gli atti in questione risultano del tutto privi di indicazioni in materia sanzionatoria; oppure si limitano, tout-court, ad imporre agli Stati di colpire le violazioni delle loro disposizioni con "sanzioni" non meglio specificate; o tutt'al più, con varia terminologia, si riducono a sottolineare, volta a volta, come le sanzioni applicabili alle suddette violazioni debbano risultare "adeguate", 'proporzionate", "appropriate", "efficaci", "sufficientemente dissuasive" (34). Anche nell'ultima delle tre ipotesi or ora ricordate, la Comunità non si prefigge di

---

(30) Cfr. i regg. CE n. 11/60, 17162, 1017168, 4056186, 4064189.

(31) Cfr. i regg. CE n. 366511987 (modificato dal reg. 495/1997), 71411989, 17381 1989,91511989,381311989(modificato dal reg. 1279/90), 498/1998. In argomento cfr., da ultimo e per tutti, FIMIANI, La tutela penale delle finanze comunitarie, Milano, 1999, p. 26 ss.

(32) Infatti, tali regolamenti non si spingono sino a sancire che le sanzioni introdotte dagli Stati per garantire la tutela delle relative norme debbano avere necessariamente natura penale.

(33) Cfr. l'art. 2 del 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.; l'art. 11 quater del 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.; l'art. 31 del reg. CEE n. 2847193, volto a istituire "un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca", in GUCE, L 261 del 20 ottobre 1993, p. 1 ss.; l'art. 4 del reg. CE 858/94 del Consiglio del 12 aprile 1994 "che istituisce un regime di registrazione statistica relativo al tonno rosso (Thunnus thynnus) nella Comunità", in GUCE L99 del 19 aprile 1994, p. 1 ss.; l'art. 13 del reg. 1627/94 del Consiglio del 27 giugno 1994 "che stabilisce le disposizioni generali relative ai permessi di pesca speciali", in GUCE L171 del 6 luglio 1994, p. 7 ss.

(34) Tra i moltissimi atti comunitari contenenti norme sanzionatorie di tal fatta possono essere ricordati, a titolo di esempio, la dir. 91/477/CEE del Consiglio del 18 giugno 1991 "relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi" (art. 16), in GUCE L256 del 13 settembre 1991, p. 55; la dir. 92/109/CEE del Consiglio del 14 dicembre 1992 "relativa alla fabbricazione e all'immissione in commercio di talune sostanze impiegate nella fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (art. 8), in GUCE, L370 del 19 dicembre 1992, p. 79; il reg. CEE 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 "relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE)" (art. 39/3), in GUCE, L199 del 31 luglio 1985, p. 9; il reg.

comprimere significativamente la discrezionalità nazionale in ordine alle scelte di politica sanzionatoria. Lungi dall'imporre forme penetranti di armonizzazione punitiva, attraverso il ricorso a queste "formulette pigre" gli organi di Bruxelles sembrano prefiggersi un obiettivo minimale, ancorché al contempo fondamentale: quello di indurre gli Stati ad adottare, in sede di attuazione dei testi di diritto derivato, misure a carattere punitivo le quali, indipendentemente dalla loro natura penale o amministrativa, dal loro contenuto e dalla loro misura, risultino idonee a garantire il rispetto degli impegni di fonte comunitaria.

3. *I principi di leale cooperazione e di proporzione nell'ordinamento comunitario. Il loro influsso sulle scelte punitive nazionali per l'attuazione delle fonti CE.*

Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che, nell'attuazione delle direttive e dei regolamenti CE, gli unici limiti alla discrezionalità sanzionatoria dei Paesi membri risiedano nella eventuale esistenza, all'interno dei testi in questione, delle formulette rituali appena ricordate, owero di qualsiasi altra esplicita indicazione atta ad indirizzare in modo più o meno elastico le scelte punitive interne. In realtà infatti, almeno nella maggior parte dei casi, i limiti più penetranti alle scelte sanzionatorie nazionali attuative di norme di diritto comunitario discendono non già dal testo delle direttive e dei regolamenti in questione, ma dallo stesso Trattato CE, o meglio dall'interpretazione data dalla Corte di giustizia ai principi di leale cooperazione e di proporzione ivi previsti.

a) Come noto, il c.d. *principio di leale cooperazione* (o, se si preferisce, *di fedeltà comunitaria),* sancito dall'art. *10* TCE, presenta due corollari, previsti rispettivamente ai commi 1 e 2 di tale articolo e riproposti con poche varianti nelle norme "parallele" contenute nei Trattati CECA ed Euratom ([35]). In base al primo corollario, "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 comunitarie. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti". In base al secondo corollario, i medesimi Stati membri "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato".

CEE 3842186 del Consiglio del 1° dicembre 1986 "che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica di merci contraffatte" (art. 7), in GUCE, L357 del 18 dicembre 1986, p. 3; il reg. CEE 3677190 del Consiglio del 13 dicembre 1990 "recante misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecita di stupefacenti o di sostanze psicotrope" (art. 8), in GUCE, L357 del 20 dicembre 1990, p. 4.

([35]) Cfr. l'art. 86 Tr. CECA e l'art. 192 Tr. Euratom.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente messo in luce le conseguenze connesse a tali corollari sotto il profilo sanzionatorio. È stato così affermato che in base ad essi gli Stati devono adottare misure punitive le quali da un lato siano quantitativamente e qualitativamente idonee a garantire l'osservanza degli obblighi discendenti dalla normativa comunitaria ([36]), dall'altro lato non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto alla natura dell'illecito ovvero rispetto agli obiettivi perseguiti ([37]).

Certamente, dei due summenzionati corollari è soprattutto il primo quello destinato a svolgere un rilevante ruolo di "canalizzazione" della discrezionalità nazionale in merito alle scelte sanzionatorie deputate a garantire l'effettività del diritto comunitario derivato. In particolare, merita di essere sottolineato come, a partire dal 1989, la Corte di giustizia abbia ricavato da questo corollario due criteri atti ad introdurre significativi vincoli alla discrezionalità sanzionatoria degli Stati ([38]).

a l) In base al primo criterio, detto di *"proporzionalità"* (o di *"adeguatezza")*, le violazioni del diritto comunitario devono essere punite con sanzioni effettive, parametrate alla gravità del fatto e dissuasive. La Corte ha dunque considerato implicitamente racchiuse nel comma 1 dell'art. art. 10 TCE tutte quelle "formulette pigre" che, come ricordato alla fine del precedente

---

([36]) Cfr., in particolare, le sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (von *Colson*) e 76/83 (Harz), in Racc., 1984, pp. 1908 e 1941, che hanno segnato la fine della precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, in base alla quale l'art. 10 TCE si sarebbe limitato ad attribuire agli Stati membri la facoltà (e non l'obbligo) di scegliere le sanzioni idonee a garantire l'adempimento dei doveri derivanti dagli atti delle istituzioni comunitarie. Cfr., per questa risalente tesi, sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76 (*Amsterdam* Bulb), in Racc., 1977, p. 149.

([37]) Cfr., per tutte, sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76 (Donckerwolcke), in Racc., 1976, p. 1939; sent. 3 luglio 1980, causa 157/79 (Regina c. Pieck), in Racc., 1980, p. 2186 ss.; sent. 30 novembre 1977, causa 52/77, (Cayrol c. Rivoira), in Racc., 1977, p. 2279 ss. In dottrina cfr., tra gli altri, GRASSO, I *rapporti tra* diritto comunitario e diritto interno in una prospettiva di *riforma* del sistema penale, in Verso un nuovo codice penale, Milano, 1993, p. 304 ss.; ID., *La* protezione dei diritti fondamentali *nell'ordinamento* comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli *Stati* membri, cit., p. 633 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; volendo BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* — Scienze Giuridiche, vol. II, 1988, p. 197 ss.

([38]) Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (Commissione *c.* Grecia), in Racc., 1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326188 (Hansen), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in Racc., 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 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, 141/95, 154195, 157195 (*Gallotti*), in Racc., 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177195 (Ebony), in Racc., 1997, p. 1143 e in Dir. pen. proc., 1998, p. 309, con nota di RIONDATO; sent. 8 luglio 1999, causa 186/98 (Nunes), inedita.

paragrafo, si rinvengono talora nelle stesse direttive comunitarie. Il giudice di Lussemburgo, tuttavia, ha finito per attribuire a tali formulette un significato più pregnante di quello loro tradizionalmente riconosciuto, chiarendo che, sulla base di tale criterio proporzionalistico, rispetto alle violazioni più gravi e connotate di allarme sociale solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere considerate proporzionate ([39]). Inutile dire che una siffatta operazione interpretativa tende a sancire l'esistenza di veri e propri obblighi di incriminazione a carico degli Stati.

a2) In base poi al secondo criterio, detto di "assimilazione", la Corte di giustizia è giunta ad affermare che le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei singoli Paesi membri in modo analogo rispetto alle violazioni del diritto interno simili per natura e importanza. Il supremo giudice comunitario ha quindi ritenuto che anche il meccanismo di assimilazione sanzionatoria esplicitamente previsto dalla summenzionata direttiva 911250 CEE risulti implicitamente contenuto nel comma 1 dell'art. 10 TCE. Ancora una volta, quindi, il principio di leale cooperazione potrebbe dare vita ad obblighi di incriminazione: infatti, come già sottolineato nel precedente paragrafo, ove le violazioni del diritto interno "simili per natura e importanza" fossero punite in sede penale, sussisterebbe l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione criminale anche le corrispondenti violazioni comunitarie.

Nella presente sede, sembra indubbiamente inopportuno approfondire le diverse logiche cui i suddetti criteri si ispirano, e le difficoltà talora connesse all'applicazione e al coordinamento di questi ultimi ([40]). Basterà piuttosto sottolineare come, al di là del maggiore o minore livello di flessibilità che li contraddistingue ([41]) e della prospettiva "eurocentrica" o wero "statocentrica" da essi rispettivamente privilegiata ([42]), i criteri in questione perseguono due

---

([39]) Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in Racc., 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH* e *Smithkline* Beecham *Markenartikel GmbH*), in *Dir.* pen. proc., 1999, p. 447, con nota di RIODATO.

([40]) In argomento cfr., volendo, BERNARDI, *Codificazione penale* e diritto comunitario. I — La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario, cit., p. 180 ss.

([41]) Flessibilità che sembrerebbe connotare maggiormente il criterio di "proporzionalità" (o di "adeguatezza") rispetto al criterio di "assimilazione"; e ciò indipendentemente dall'accoglimento della tesi estrema e non condivisibile (ma fatta propria, ad esempio, da RAVILLARD, La répression des *infractions* douanières dans le cadre du grand *marché intérieur* — Etude en droit *communautaire* et en droit *comparé,* Bruxelles, 1992, p. 200) in base alla quale, ai sensi del secondo di tali criteri, le pene previste in relazione agli illeciti nazionali e comunitari a carattere analogo dovrebbero essere addirittura uguali tra loro. *Contra,* nel senso cioè che il principio di "assimilazione sanzionatoria" tra illeciti nazionali e comunitari tendenzialmente equivalenti non vincoli gli Stati membri ad adottare risposte punitive assolutamente identiche per le suddette categorie di illeciti, ma si limiti a precludere al legislatore interno di comminare sanzioni "significativamente diverse" cfr., per tutti, HAUGENAU, *L'application effective* du droit *communautaire* en droit interne, cit., p. 372.

scopi in larga misura complementari: evitare che i Paesi membri apprestino un apparato punitivo inadeguato per difetto in sede d'attuazione degli atti comunitari; impedire che, nel caso in cui vengano violate disposizioni di derivazione interna ovvero comunitaria connotate da un analogo livello di disvalore, si riscontrino all'interno del medesimo Stato irragionevoli sperequazioni sanzionatorie. In definitiva, l'interpretazione data dalla Corte di giustizia al principio di leale cooperazione espresso dal comma 1 dell'art. 10 TCE dovrebbe consentire, sia pure con evidenti margini di incertezza, di contrastare ogni eccessivo indulgenzialismo ed ogni palese incongruenza in sede di attuazione sanzionatoria delle direttive e dei regolamenti; così come, secondo quanto si avrà subito modo di osservare, l'interpretazione in chiave equitativa data al generalissimo principio comunitario di proporzione dovrebbe consentire di contrastare ogni eccesso rigoristico, vale a dire ogni intervento punitivo non strettamente indispensabile alla salvaguardia del diritto comunitario.

b) Passando dunque all'esame del principio comunitario di proporzione, e della sua applicazione in prospettiva di contenimento delle risposte sanzionatorie nazionali previste per l'attuazione degli atti di diritto derivato, occorre innanzitutto sottolineare come tale principio, al pari di tutti gli altri principi generali di diritto comunitario non scritto, trovi il suo fondamento negli artt. 220, 230, 235 e 288 TCE ([43]), e risulti quindi di rango superiore sia al diritto comunitario secondario sia, *a* fortiori, alle leggi ordinarie nazionali ([44]). Conformemente alla gerarchia delle fonti, ed in linea con lo stesso scopo primario dei principi impliciti di diritto comuni-

---

([42]) Infatti, il criterio di proporzione-dissuasività appare tendenzialmente privo di punti di riferimento a carattere nazionale, dato che la Corte di giustizia risulta naturalmente portata ad interpretare il principio in oggetto sulla base di parametri almeno in parte disancorati dai singoli punti di vista dei Paesi membri (sul punto, per talune precisazioni e puntualizzazioni, cfr. volendo, BERNARDI, Codificazione penale e diritto comunitario. I — La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario, cit., p. 185-186). Per contro, il criterio di assimilazione mira a perseguire la coerenza delle soluzioni punitive secondo criteri di valutazione essenzialmente interni, e dunque appare improntato ad una logica rassegnata alla frantumazione su scala nazionale della disciplina repressiva delle violazioni comunitaria.

([43]) In argomento cfr., per tutti, ADINOLFI, I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1994, p. 521 ss., CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, in Dir. com. scambi intern., 1983, p. 412 ss.; CAPELLI, I principi generali come fonte di diritto, in Dir. com. scambi intern., 1986, p. 548; TOSATO, *La* tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, in Studi in onore di G. Sperduti, 1984, p. 732 ss.

([44]) Cfr., specificatamente, GALETTA, Il principio di proporzionalita nella giurisprudenza comunitaria, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1993, p. 839 ss., e bibliografia ivi riportata.

tario ([45]), risulta quindi possibile un controllo giurisdizionale da parte del supremo giudice comunitario tanto sulla produzione normativa degli organi comunitari quanto sulla produzione normativa nazionale di derivazione comunitaria ([46]), onde verificare la conformità di entrambe al principio di proporzione.

In questo senso, alla luce degli sviluppi conferiti al principio in oggetto da parte della Corte di giustizia, gli atti delle istituzioni comunitarie e la stessa normativa interna di trasposizione non debbono superare "i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti" ([47]). Cosicché, in sede di scelta tra più misure, tutte atte a garantire il rispetto del diritto comunitario, dev'essere preferita quella meno restrittiva ([48]), vale a dire quella connotata da un minor coefficiente di afflittività.

([45]) SCOPO consistente, appunto, nel consentire un controllo da parte della Corte di giustizia sul potere normativo sia degli organi comunitari sia degli stessi organi nazionali, ove questi ultimi intervengano per dare attuazione al diritto comunitario.

([46]) Cfr., ad esempio, COHEN JONATHAN, La Cour des *Communautés* européennes et les droits de *l'homme,* in Rev. Marché commun, 1978, p. 92 ss.; DAUSES, La protection des *droits fondamentaux* dans lordre *juridique* communautaire, in Rev. *trim.* dr. eur., 1984, p. 423.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 467 ss.

([47]) 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. 92 ss. Cfr. altresì, sia pure con riferimento alle sole sanzioni comunitarie, PISANESCHI, ***Le*** sanzioni amministrative comunitarie, cit., p. 82.

([48]) Nell'ambito di una giurisprudenza ormai pressoché sterminata in tema di proporzionalità comunitaria cfr., negli ultimi anni e limitatamente agli atti delle istituzioni CE, Corte di giustizia, sent. 17 ottobre 1995, causa 450193 (Kalanke), in Racc., 1995, p. 3051 ss.; sent. 9 novembre 1995, causa 426193 (*Germania c. Consiglio*), in Racc., 1995, p. 3723 ss.; sent. 28 marzo 1996, causa 299194 (*Anglo-Irish* Beef Processors International), in Racc., 1996, p. 1925 ss.; sent. 2 maggio 1996, causa 2061 94 (Brennet), in Racc., 1996, p. 2357 ss.; sent. 14 maggio 1996, cause riunite 153194 e 204194 (Faroe Seafood), in Racc., 1996, p. 2465 ss.; sent. 23 maggio 1996, causa 326194 (Maas *& Co*), in Racc., 1996, p. 2643 ss.; sent. 13 giugno 1996, causa 205194 (Binder), in Racc., 1996, p. 2871 ss.; 4 luglio 1996, causa 295194 (Huepeden), in Racc., 1996, p. 3375 ss.; 4 luglio 1996, causa 296194 (Pietsch), in Racc., 1996, p. 3409 ss.; 12 settembre 1996, cause riunite 254194, 255194 e 269194 (Fattoria autonoma tabacchi), in Racc., 1996, p. 4235 ss.; 17 ottobre 1996, causa 64195 (Friedrich Boker *GmbH*), in Racc., 1996, p. 5105 ss.; 24 ottobre 1996, cause riunite 329193, 62195 e 63195 (*Germania c.* Commissione), in Racc., 1996, p, 5151 ss.; sent. 13 maggio 1997, causa 233194 (*Germania c.* Parlamento europeo e Consiglio *dell'Unione* europea), in Racc., 1997, p. 2471 ss. Limitatamente invece alla normativa interna di attuazione cfr., in particolare, sent. 18 maggio 1993, causa 126191 (Schutzverband gegen Unwesen in der *Wirtschaft*), in Racc., 1993, p. 2361 ss.; sent. 17 ottobre 1995, causa 83194 (Leifer), in Racc., 1995, p. 3250 ss. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr., in particolare, SCHWARZE, *Droit administratif* eeuopéen, Bruxelles-Luxembourg, 1994, vol. II, p. 772 ss.; nonché, più recentemente, GALETTA, Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria, cit., in particolare p. 848, nt. 45; ID., Dall'obbligo di trasposizione delle direttive *all'obbligo* di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura, cit., p. 91, nt. 10.

Ora, è di tutta evidenza che il ricorso al principio di proporzione nella prospettiva equitativa ed eminentemente garantista della "stretta necessità" delle conseguenze sfavorevoli potrebbe incidere significativamente sulle scelte sanzionatorie nazionali attuative di fonti CE, inducendo la Corte di giustizia a dichiarare comunitariamente illegittime, in quanto eccessivamente severe, talune misure punitive nazionali espressamente finalizzate a garantire l'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa comunitaria ([49]).

4. Dai principi comunitari incidenti sulla tutela sanzionatoria della normativa europea ai "criteri e principi direttivi" in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie annuali.

Come si può vedere, attraverso il ricorso al principio "esplicito" di leale cooperazione e al principio "implicito" di proporzione la Corte di giustizia ha predisposto un efficace meccanismo di controllo delle scelte punitive previste dagli Stati membri in caso di violazione della normativa comunitaria o della normativa interna di trasposizione. Resta il fatto che, allo stato attuale, tali tecniche servono solo per colpire i casi di più evidente sproporzione punitiva; i casi, cioè, nei quali la risposta sanzionatoria nazionale per la sua esiguità/ineffettività non riesca ad assolvere i fini preventivi della pena, ovvero all'opposto per la sua esorbitanza non sia rispettosa del principio *nulla poena sine necessitate* ([50]). Per contro, le suddette tecniche di controllo non comportano affatto l'individuazione di rigorose linee dirigistiche in materia sanzionatoria, atte a favorire una vera e propria armonizzazione delle scelte punitive degli Stati membri.

([49]) Sulla illegittimità comunitaria, per contrasto col principio di proporzionalità, delle sanzioni più gravi del necessario previste in caso di violazione di obblighi comunitari cfr., sia pure con riferimento a misure sanzionatorie contenute in atti delle istituzioni CE anziché in testi normativi nazionali di trasposizione, Corte di giustizia, sent. 20 febbraio 1979, causa 122/78 (Buitoni), in Racc., 1978, p. 677 ss.; sent. 8 marzo 1988, causa 296186 (Mc *Nicholl*), in Racc., 1988, p. 1491 ss. Sempre in una prospettiva circoscritta alle sole sanzioni previste direttamente nella normativa comunitaria, ma con argomenti estendibili anche alle sanzioni nazionali attuative degli obblighi comunitari, sottolinea la problematicità insita nel principio di proporzione-stretta necessità PISANESCHI, Le sanzioni amministrative comunitarie, cit., p. 82 ss. L'autore rileva come il principio in questione implichi forme di controllo difficilmente esperibili da un organo giurisdizionale, e comunque necessiti di un elevato grado di formalizzazione, che al momento attuale manca.

([50]) In merito attuale al principio della pena minima necessaria, ed al suo fondamento utilitaristico-razionalistico cfr., per tutti, FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma-Bari, 1996, in particolare pp. 247 ss. e 391 ss.

Si può quindi concludere questo breve esame dei vincoli a carattere sanzionatorio imposti dal diritto comunitario primario e secondario agli organi nazionali di produzione normativa affermando che tali vincoli sono indubbiamente più numerosi e significativi di quanto non sia dato pensare attraverso la sola lettura delle direttive e dei regolamenti CE; ma ribadendo altresì che le prescrizioni comunitarie in merito alle sanzioni nazionali applicabili in caso di violazione dei precetti contenuti negli atti in questione appaiono comunque alquanto scarne ed essenziali, specie se comparate alla ricchezza ed al livello di dettaglio talora raggiunto dai suddetti precetti. Come vedremo, la "sproporzione" esistente tra i contenuti precettivi dei regolamenti ovvero delle stesse direttive e le corrispondenti prescrizioni sanzionatorie di fonte comunitaria non appare priva di rilievo rispetto al problema dell'attuazione dei testi CE, ed in particolare rispetto al problema della scelta delle disposizioni a contenuto sanzionatorio da inserirsi nella legge annuale per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità. Posto infatti che lo Stato è tenuto a garantire la tutela della normativa CE e della relativa normativa interna d'attuazione fornendo loro un adeguato, puntuale corredo sanzionatorio, in virtù del sistema di adattamento del diritto interno al diritto comunitario previsto in Italia dalla già citata 1.9 marzo 8611989, sarà di regola la legge comunitaria annuale a dover dettare i principi e criteri orientativi in merito alla tipologia e all'entità delle sanzioni comminabili da parte degli organi nazionali di produzione normativa delegati ovvero autorizzati ad attuare le direttive CE ed a prevedere la disciplina sanzionatoria applicabile in caso di violazione delle disposizioni comunitarie di fonte regolamentare vigenti nel nostro Paese.

Orbene, risulta evidente che i principi e i criteri a carattere sanzionatorio previsti dalla legge comunitaria annuale dovranno assolvere a due condizioni. In primo Zuogo, in ossequio al principio della riserva di legge, essi dovranno risultare assai più specifici e tassativi di quelli derivanti dal diritto comunitario e dalla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia. Si è infatti visto in precedenza come i principi in tema di sanzioni emergenti in ambito comunitario siano caratterizzati da una certa qual genericità, in quanto soltanto finalizzati ad evitare che gli Stati membri, in attuazione del diritto comunitario, diano vita ad una disciplina sanzionatoria irragionevole o inefficace.

In secondo Zuogo, in ossequio al primato del diritto comunitario (e della giurisprudenza facente corpo con esso) sul diritto interno, i suddetti principi e criteri di fonte nazionale non dovranno porsi in contrasto coi più generali principi di fonte comunitaria in tema di sanzioni.

Sia nella legge comunitaria 1995-1997 sia nella legge comunitaria 1998, i principilcriteri in materia di sanzioni sono previsti, fondamentalmente, all'art. 2 comma 1 lett. *c*). Gli stessi principilcriteri direttivi sono poi richiamati, talora con parziali aggiustamenti dovuti alle esigenze proprie degli atti o dei settori di volta in volta considerati, dagli artt. 5 comma 3, 8

comma 2 e 17 comma 2 lett. b) della legge comunitaria 1995-1997; nonché dagli artt. 3 comma 3, 6 comma 2 e 20 comma 1 lett. *c*) della legge comunitaria 1998. Tuttavia, prima di addentrarsi nell'esame dei suddetti principi/criteri e dei problemi da essi posti, sembra opportuno effettuare alcune brevi considerazioni in ordine sia ai meccanismi di attuazione del diritto comunitario secondario attraverso decreti legislativi sia al requisito della conoscibilità o conoscenza da parte del legislatore delegante dei contenuti delle direttive e dei regolamenti che necessitano di integrazione sanzionatoria, ai fini dell'elaborazione da parte di quest'ultirno dei principi e criteri in tema di sanzioni cui l'esecutivo risulta vincolato in sede di redazione dei decreti legislativi (e dei regolamenti autorizzati) varati in adempimento degli obblighi comunitari.

5. *L'attuazione degli atti comunitari attraverso decreti legislativi. "Principi e criteri direttivi" di matrice parlamentare e principio di riserva di legge.*

Nonostante taluni dubbi autorevolmente espressi in ordine alla legittimità o comunque alla bontà del meccanismo della delega legislativa in materia penale ([51]), e sebbene si possa convenire sul fatto che tale meccanismo "è in realtà quello più lontano dallo spirito della riserva (di legge)" ([52]), la tesi della sua conciliabilità col principio di legalità è oggi accolta dalla dottrina assolutamente prevalente e dalla stessa giurisprudenza costituzionale ([53]).

Resta comunque il fatto che, ai sensi dell'art. 76 Cost., lo schema della delegazione presuppone l'individuazione da parte del legislatore dell'oggetto della delega, così come dei "principi e criteri direttivi" atti ad indirizzare l'attività normativa del Governo. Pertanto, un requisito fondamentale del

---

([51]) Cfr., in particolare, BRICOLA, voce Teoria generale del reato, in Noviss. *dig.* it., vol. XIX, 1973, p. 39 ss.; CARBONI, *L'inosservanza* dei provvedimenti *dell'autorità,* Milano, 1970, p. 249; ID., *Profili* e strutture del reato valutario, Milano, 1979, p. 9 ss.; CARLASSARE, Legge *(riserva* di), in Enc. *giur.*, vol. XVIII, 1990, p. 3; MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale. 1 — *Le* fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica, Milano, 1999, p. 149 ss.; PICOTTI, in Giurisprudenza sistematica di diritto penale, a cura di F. Bricola, V. Zagrebelsky),. Codice penale, parte generale, vol. I, 1996, p. 17 ss.; nonché, da ultimo, DOLCINI, Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 12 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr., altresì, con specifico riferimento alla delega al Governo per la riforma del codice penale, e in ragione della ritenuta inattitudine dei principi e criteri direttivi ad esprimere "autentiche scelte politico-criminali", DOLCINI, MARINUCCI, Note sul metodo della codificazione penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 414 ss.

([52]) PALAZZO, voce Legge penale, in *Dig.* disc. pen., vol. VII, 1993, p. 347; FIANDACA, MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 1995, p. 53 ss.

([53]) Cfr., per tutti, PADOVANI, Diritto penale, Milano, 1999, p. 23; PAGLIARO, Principi di diritto penale. Parte generale, Milano, 1998, p. 41; ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, Milano, vol. I, 1995, p. 34.

suddetto schema sembrerebbe costituito dalla puntuale conoscenza da parte del Parlamento *sia* delle fonti comunitarie di cui esso autorizza la recezione per mezzo di decreti legislativi sia delle ulteriori fonti comunitarie — attuate in via regolamentare o amministrativa, ovvero direttamente applicabili — di cui esso dispone una tutela sanzionatoria realizzata per mezzo di decreti legislativi (54). In caso di inconoscibilità (ma anche di mancata o insufficiente conoscenza) dei testi in questione, infatti, il Parlamento risulterebbe impossibilitato a varare principi e criteri direttivi pienamente coerenti con l'oggetto della delega (55).

Del resto — ancorché in una prospettiva più generale di quella, circoscritta al tema delle sanzioni, qui presa in esame — in passato la dottrina più sensibile aveva avvertito i problemi di legalità connessi al ruolo legislativo assunto dal Governo in sede di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario. Più precisamente, la dottrina in questione aveva sottolineato come la mancata o incompleta conoscenza da parte del delegante dei testi di cui questi autorizza l'attuazione attraverso decreti legislativi (56) tendesse a tradursi in una sorta di delega "in bianco" in odore di incostituzionalità (57), in quanto comportante il trasferimento in capo al Governo di un potere legislativo privo di vincoli in ordine alle sue modalità di esercizio.

Per certi aspetti, invero, tale concezione dottrinale risultava pienamente

---

(54) Si allude, naturalmente, vuoi alle direttive attuate mediante regolamento ministeriale o atto amministrativo, vuoi ai regolamenti comunitari vigenti alla data di entrata in vigore della legge comunitaria, laddove privi di adeguata tutela sanzionatoria; direttive e regolamenti il cui rispetto, secondo quanto esplicitamente previsto dalla legge comunitaria, viene affidato ad appositi decreti legislativi contenenti disposizioni punitive a carattere penale o amministrativo (cfr. l'art. 8, l. 128/1998 e l'art. 6, l. 2511999).

(55) Per vero, sebbene esulino dallo schema della delega esercitata con decreti legislativi, anche le direttive attuate con regolamento autorizzato contenente sanzioni amministrative poste a tutela delle relative fattispecie (cfr. l'art. 5, l. 12811998 e l'art. 3, l. 2511999) dovranno essere ben conosciute dal Parlamento. Infatti i criteri e principi direttivi in materia di sanzioni (amministrative) cui il Governo deve in questo caso attenersi sono, ancora una volta, quelli previsti dal Parlamento stesso (limitatamente alle leggi 12811998 e 2511999, quelli previsti dall'art. 2 lett. *c*).

(56) Si pensi, in particolare, all'ipotesi di conferimento al Governo di una delega ad attuare testi comunitari di futura emanazione.

(57) V. al riguardo, problematicamente, BERNARDINI, Sulla delega legislativa al governo per *l'attuazione* di *norme* internazionali, in Riv. dir. intern., 1965, p. 569 ss.; GAJA, Quali *"principi* e criteri direttivi" nella delega al Governo per attuare direttive comunitarie?, in Riv. dir. intern., 1983, p. 423 ss.; ID., Ancora sulla delega legislativa per attuare direttive comunitarie: Principi e criteri direttivi" validi per tutte le stagioni?, in Riv. dir. *intern.*, 1985, p. 836 ss.; In merito alla necessità che nell'ambito della delega il Governo riceva dal Parlamento puntuali indicazioni circa l'esercizio del potere legislativo cfr. altresì, per tutti, CRISAFULLI, Su alcuni aspetti problematici della delega contenuta nella l. 14 luglio 1959 n. 741, e dei relativi decreti delegati, in Giur. cost., 1962, II, p. 1420.

condivisibile, apparendo oltretutto conforme a quella esigenza, oggi più che mai avvertita, di compensare il cosiddetto *deficit democratico comunitario* ([58]) nella formazione delle fonti CE di secondo grado con una effettiva e fattiva partecipazione del Parlamento nazionale alla fase di trasposizione di tali fonti nel diritto interno ([59]). Per altri aspetti, tuttavia, la suddetta concezione potrebbe risultare, quantomeno in taluni casi, non del tutto pacifica. Si allude, essenzialmente, ai casi in cui né la inconoscibilità (ovvero l'assenza o carenza di conoscenza) in capo al Parlamento dei testi di cui esso delega l'attuazione all'esecutivo né la (conseguente) mancata previsione da parte del Parlamento stesso di puntuali "principi e criteri direttivi" finisca col comportare una eccessiva dilatazione delle prerogative legislative del Governo. Al riguardo, non si è mancato di osservare che, nell'ambito dei processi di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario per via di decreti legislativi, *il fine di recepimento* di testi sovrastatuali di cui lo Stato sia comunque tenuto a dare attuazione secondo modalità e con esiti largamente predeterminati dai suddetti testi, comporta una inevitabile erosione *vuoi* del potere discrezionale del Parlamento nel fissare i contenuti della delega e i relativi "principi e criteri direttivi" *vuoi* del potere discrezionale dell'esecutivo in sede di trasposizione ([60]).

In particolare, per quanto concerne l'erosione della discrezionalità del Governo, limitatamente ad ipotesi di delega aventi ad oggetto l'attuazione di direttive dettagliate, non vi è chi non veda come alla eventuale mancata previsione da parte del legislatore delegante di "principi e criteri direttivi" destinati a vincolare l'azione del Governo tenda a far riscontro la previsione di principi e criteri direttivi oltremodo puntuali da parte delle direttive stesse, cui l'esecutivo dovrà rigorosamente attenersi. E addirittura, in presenza di testi comunitari ricchi di disposizioni minuziose, può accadere che l'esecutivo (ma anche, e prima ancora, il legislatore) finisca col trovarsi, per così dire, con le mani legate, dovendosi limitare, in sede di attuazione di tali testi, a fornire una riproduzione pressoché letterale delle relative disposizioni; disposizioni le quali — sia detto per inciso — possono oltretutto, per certi

---

([58]) Sul tema del deficit democratico comunitario e della sua progressiva attenuazione cfr., supra, sub par. 2, nt. 18.

([59]) Provocatoriamente, si potrebbe affermare che una "attenta" partecipazione del Parlamento alla fase discendente del processo normativo europeo, se da un lato potrebbe costituire una almeno parziale compensazione del deficit democratico comunitario derivante anche dalla oltremodo "distratta" partecipazione del Parlamento stesso alla fase ascendente del medesimo processo normativo (sul punto cfr., *infra*, sub par. *6)*, dall'altro lato risulterà verosimilmente di difficile realizzazione in assenza di un effettivo coinvolgimento di tale organo già nella suddetta fase ascendente.

([60]) Sul punto cfr., diffusamente, BRUNELLI, Modello costituzionale e prassi legislativa nella delega per l'attuazione di *norme* comunitarie, in Giur. cost., 1993, p. 2039 ss.

aspetti, risultare già efficaci all'interno del nostro ordinamento (61). Del resto, è cosa nota che in molti casi le direttive si presentano talmente particolareggiate da non lasciare "spazio ad alternative quanto ai modi e ai tempi per realizzare il risultato da esse prescritto" e da assumere, "nella sostanza, la stessa portata e la stessa efficacia dei regolamenti" (62). Al Parlamento resterebbe quindi la scelta tra l'astenersi dal formulare propri principi e criteri direttivi e il formulare questi ultimi in modo tale da farli coincidere con quelli di derivazione comunitaria (63).

Comunque, anche laddove i testi comunitari oggetto di delega non siano

---

(61) In merito alla diretta efficacia delle direttive incondizionate e dettagliate (ove il termine di attuazione risulti scaduto) al suo controverso fondamento e ai suoi incerti limiti cfr., in generale e per tutti, BARATTA, *Norme* contenute in direttive comunitarie inattuate e loro opponibilità ai singoli, in Riv. dir. intern., 1989, p. 253-255; BARONE, *L'efficacia* diretta delle direttive *Cee* nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della *Corte* costituzionale, in Foro it., 1991, IV, c. 130, e bibliografia ivi riportata; ID., *L'efficacia* diretta delle direttive tra certezze (comunitarie) e *fraintendimenti* (nazionali), in Foro it., IV, 1996, c. 358 ss.; CAPELLI, Le direttive comunitarie, Milano, 1983, in particolare p. 276 ss.; ID., Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore, in Dir. com. scambi intern., 1994, p. 367 ss.; CALÒ, Contrasti giurisprudenziali sulla portata della nozione di efficacia diretta delle direttive comunitarie, in Nuova giur. civ., 1995, I, p. 843 ss.; DANIELE, Tendenze attuali della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norme direttamente efficaci, in Dir. com. scambi intern., 1995, p. 223; ID., La Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta *"intermittente"* delle direttive comunitarie, in Foro it., 1995, IV, c. 38 ss., e bibliografia ivi riportata; GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 260 ss.; MASTROIANNI, Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza, in Dir. Un. eur., 1998, p. 81 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PESCATORE, L'effet des directives *communautaires:* une tentative de *démystification,* in *Rec.* Dalloz, 1980, I, p. 176 ss.; SCANNICCHIO, Il *diritto* privato eeuopeo nel sistema delle fonti, in Diritto privato europeo, a cura di N. Lipari, Padova, 1997, p. 68 ss.; SCHOCKWEILER, *Les* effets des directives dans les ordres juridiques nationaux, in Rev. Marché un. eur., 1995, n. 2, p. 9 ss., e bibliografia ivi riportata a p. 24 ss.

(62) TESAURO, Diritto comunitario, Padova, 1995, p. 94. In questa prospettiva, non sembra dunque del tutto infondata la considerazione secondo la quale le fonti comunitarie di diritto derivato tendono a sottrarsi all'attività di indirizzo e controllo dei Parlamenti nazionali. Cfr., ad esempio, D'ATENA, Costituzione e Regioni, Milano, 1991, p. 436.

(63) In effetti, in presenza di direttive oltremodo dettagliate potrebbe trovare una qualche giustificazione la scelta, operata da talune leggi attuative di direttive, di imporre al Governo l'adozione di decreti legislativi improntati ai "principi e criteri contenuti nelle direttive stesse" (cfr., ad esempio, l'art. 1 della l. 19 febbraio 1982, n. 142, relativa all'attuazione di 97 direttive) anziché ai "principi e criteri" previsti dal Parlamento. Ciò in quanto, come noto, nell'ambito della delegazione legislativa la formulazione di principi e criteri direttivi risulta operazione assai complessa — se non addirittura impossibile — quando le direttive vincolino in modo stringente l'attività d'attuazione (sul punto cfr. CANNIZZARO, La legge comunitaria per *il 1990* e *il* d.d.l. per il 1991, cit., p. 210). Resta il fatto che, ove ai principi e criteri di fonte legislativa si sostituiscano principi e criteri di fonte comunitaria, "il potere legislativo viene, non più delegato con vincoli di contenuto, ma pienamente trasferito" (GAJA, Quali *"principi* e criteri direttivi" nella delega al Governo per attuare direttive *comuni-*

particolarmente dettagliati, resta il fatto che le misure di attuazione debbono presentare contenuti conformi ai risultati imposti dai suddetti testi e agli ulteriori vincoli modali da questi ultimi eventualmente sanciti. In definitiva quindi, nell'ambito della sua attività normativa, l'esecutivo finirebbe da un lato col dover sottostare ai vincoli (talora come detto molto penetranti) di fonte comunitaria, dall'altro lato col dover addirittura disattendere eventuali principi e criteri direttivi di matrice parlamentare non conciliabili con tali risultati e vincoli (64).

Quanto sin qui detto può forse spiegare almeno in parte come, al di là del dettato dell'art. 76 Cost. in tema di deterrninatezza e specificità della delega legislativa (65), non siano state dichiarate incostituzionali neppure quelle deleghe generali all'attuazione di testi CE di futura emanazione che in passato si sono avute nel nostro Paese (66) e che, in ragione dell'indeterminatezza dell'oggetto stesso della delega, presentavano anche, inevitabilmente, una carenza di adeguati principi e criteri direttivi (67).

---

tarie?, cit., p. 424). Sembra un esercizio puramente retorico, a questo punto, domandarsi se il suddetto trasferimento del potere legislativo avvenga a vantaggio del Governo ovvero a vantaggio degli organi normativi comunitari.

(64) In tal senso, solo nei casi in cui le direttive lascino larghi spazi alle scelte discrezionali degli Stati graverebbe sul Parlamento l'obbligo di imbrigliare, attraverso propri principi e criteri direttivi, una discrezionalità governativa non preclusa *ab origine* dalle direttive stesse. Cfr., al riguardo, GAJA, *Quali "principi e criteri direttivi" nella delega al Governo per attuare direttive comunitarie?*, cit., p. *425.*

(65) In argomento cfr., esemplificativamente, PALADIN, in *Commentario della Costituzione — La formazione delle leggi,* tomo II, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, *sub* art. 76, p. 13.

(66) V. 1. 14 ottobre 1957, n. 1203; 1. 13 luglio 1965, n. 871; 1. 13 ottobre 1969, n. 740. Cfr., sul punto, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie*, a cura di G. Amenta, Torino, 1998, pp. 19-20; CERRI, voce *Delega legislativa,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. *X*, 1988, par. 6.3., p. 13-14, e bibliografia ivi riportata.

(67) Oggi, per vero, deleghe generali di tal fatta sembrerebbero destinate, almeno in linea di principio, a non essere più riproposte. In effetti, già ai sensi sia della 1.16 aprile 1987, n. 183 (che è stato il primo testo normativo volto a razionalizzare le procedure di adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento comunitario), e successivamente ai sensi della 1. 9 marzo 1989, n. 86 (che, come noto, ha istituito la legge comunitaria annuale), il ricorso al decreto legislativo è stato ammesso solo limitatamente all'attuazione di direttive già emanate (cfr., per tutti CARETTI La *nuova disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla l. n.* 86 *del 1989, alla prova: la prima "legge comunitaria" (legge* 29 *dicembre 1990, n. 428),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 341). Vero è, però, che la l. 86/1989, in quanto semplice legge ordinaria, risulta priva di efficacia vincolante rispetto alla successiva produzione normativa di rango legislativo. In questo senso, non può escludersi a priori che in futuro non vi sia un ritorno a deleghe generali volte ad autorizzare l'attuazione tramite decreto legislativo di direttive non ancora esistenti. Anzi, come si avrà modo di verificare subito, anche le più recenti leggi comunitarie annuali contengono disposizioni che, di fatto, autorizzano il recepimento di norme comunitarie ancora non esistenti, con conseguente, almeno tendenziale evaporazione dell'oggetto della delega.

Analogamente,quanto sin qui detto può spiegare come, ai sensi dell'art. 1 comma 1 della legge comunitaria 1995-1997, la delega al Governo per l'attuazione di direttive comunitarie preveda solo una modifica del suo termine di scadenza nell'ipotesi in cui, "per effetto di direttive notificate nel corso dell'anno di delega, la disciplina risultante da direttive comprese nell'elenco (di cui all'allegato **A)** è modificata senza che siano introdotte nuove norme di principio". In effetti, anche in questa ultima ipotesi — sia pure in misura minore rispetto alle risalenti ipotesi di delega generale per l'attuazione di testi comunitari futuri — al legislatore può essere sottratto il controllo sui contenuti delle norme da attuare, e dunque può essere sottratta anche la possibilità di prevedere principi e criteri direttivi perfettamente congrui rispetto ai suddetti contenuti. E la stessa situazione si riscontra, in misura addirittura amplificata, nella legge comunitaria 1998. In effetti, l'art. 2 comma l, lett. g) — disponendo che la disciplina dettata dai decreti legislativi debba essere "pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime, tenuto anche conto delle eventuali modificazioni comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega' — consente il recepimento di disposizioni ignote al legislatore delegante; disposizioni rispetto alle quali, quindi, i principi e i criteri direttivi previsti dalla legge delega potrebbero rivelarsi inadeguati ([68]).

6. La necessaria conoscenza da parte del Parlamento dei testi comunitari da attuare ai fini della stesura dei "principi e criteri direttivi" in materia sanzionatoria.

Nel precedente paragrafo si è visto come la necessità per il Parlamento vuoi di conoscere i contenuti delle norme comunitarie che il Governo è chiamato ad attuare vuoi di fissare nell'ambito della delega legislativa i "principi e criteri direttivi" atti a comprimere la discrezionalità dell'esecutivo sembri essere, per certi aspetti, direttamente proporzionale al *quantum* di discrezionalità che le suddette norme comunitarie lasciano agli Stati membri in sede di attuazione. Ben può comprendersi, allora, come tale necessità risulti particolarmente acuta in relazione alla stesura dei principi,e criteri direttivi *in materia sanzionatoria;* in relazione cioè alla stesura dei principi e criteri di fonte legislativa atti a contenere la discrezionalità del Governo in ordine alla predisposizione delle scelte punitive attraverso cui colpire le violazioni degli obblighi di fonte comunitaria.

([68]) Al riguardo cfr., *mutatis mutandis,* quanto osservato da GAJA, *Ancora sulla delega legislativa per attuare direttive comunitarie: "principi e criteri direttivi" validi per tutte le stagioni?,* cit., p. *836.*

Infatti, come si è avuto modo a suo tempo di sottolineare ([69]), di regola le norme precettive contenute nelle direttive (e, a *fortiori,* nei regolamenti) risultano molto più puntuali e dettagliate di quanto non lo siano le indicazioni a carattere sanzionatorio previste dagli atti in questione, owero insite nei principi di leale cooperazione e di proporzione rispettivamente sanciti, in modo esplicito owero implicito, dal Trattato CE. Conseguentemente, in assenza di principi e criteri direttivi di matrice parlamentare, nella fase di attuazione delle direttive (e, a *fortiori,* nella fase di piena integrazione dei regolamenti nel diritto interno) l'esecutivo avrebbe un potere discrezionale assai più esteso in ordine alla scelta delle sanzioni applicabili che non in ordine alla (ri)formulazione dei precetti ([70]). Ben si comprende, quindi, l'esigenza per il Parlamento di imbrigliare la discrezionalità dell'esecutivo in una materia (quella sanzionatoria, appunto) nella

---

([69]) Cfr. *supra,* sub par. 2.

([70]) Questo fenomeno di "sproporzione" tra la (poca o nulla) discrezionalità che residua allo Stato ed ai suoi organi in sede di attuazione delle norme comunitarie a contenuto precettivo e la (molta) discrezionalità di cui lo Stato ed i suoi organi dispongono in sede di tutela sanzionatoria delle suddette norme, già assai evidente in relazione alle direttive, diventa ancor più macroscopico in relazione ai regolamenti. Infatti, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, i precetti comunitari contenuti nei regolamenti CE non solo non possono essere rielaborati, ma nemmeno possono essere testualmente riprodotti all'interno di una legge nazionale (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). Questa impossibilità si spiega col fatto che, qualora le norme precettive contenute in regolamenti CE fossero "rimodellate", owero anche riproposte pedissequamente, all'interno di una fattispecie penale, esse verrebbero "nazionalizzate", dunque private del requisito della diretta applicabilità, sottratte all'interpretazione "centralizzata" della Corte di giustizia ex art. art. 234 TCE con conseguente possibilità di una loro applicazione difforme all'interno dei Paesi della Comunità, e indebitamente assoggettate al controllo della Corte costituzionale. Pertanto, per sanzionare penalmente le violazioni le disposizioni contenute nei regolamenti comunitari deve farsi ricorso, in linea di principio, alla tecnica del rinvio; tecnica grazie alla quale, come noto, il legislatore penale non delinea direttamente il precetto, ma si limita per l'appunto a rinviare alla norma (in questo caso, alla norma comunitaria regolamentare) che contiene il precetto in questione, sanzionandone la violazione. Di regola, quindi, i regolamenti comunitari nulla concedono alla discrezionalità nazionale per quanto concerne la descrizione del precetto meritevole di tutela da parte degli Stati membri; mentre per quanto concerne la relativa disciplina sanzionatoria i suddetti regolamenti lasciano al legislatore nazionale un ambito di discrezionalità tendenzialmente analogo a quello offerto dalle direttive.

quale la Comunità continua ancor oggi a lasciare ampi poteri decisionali agli Stati membri ([71]).

Tuttavia, per varare principi e criteri direttivi atti a vincolare efficacemente l'attività normativa d'attuazione del Governo in ambito sanzionatorio, il Parlamento dovrebbe innanzitutto avere una adeguata conoscenza del contenuto delle direttive da attuare ([72]). È ovvio infatti che solo sul presupposto di una siffatta conoscenza il Parlamento potrà valutare la effettiva gravità dei comportamenti realizzati in violazione delle prescrizioni comunitarie, e conseguentemente potrà dettare, limitatamente alle sanzioni applicabili, norme d'indirizzo pienamente consone alle esigenze di prevenzione generale e speciale sottese alle violazioni in questione. Viceversa, in assenza di una reale conoscenza degli atti di diritto derivato da attuare, il legislatore si vedrà costretto ad adottare principi e criteri sanzionatori oltremodo generici, dunque da un lato in tendenziale conflitto col principio di riserva di legge e dall'altro lato non molto più vincolanti di quelli imposti dal diritto comunitario ([73]); ovvero, all'opposto, si vedrà costretto ad adottare principi e criteri sanzionatori specifici e puntuali, ma verosimilmente inadeguati rispetto alle esigenze preventivo-punitive sottese ai singoli testi comunitari.

7. *L'effettivo ruolo del legislatore italiano nelle diverse fasi del processo normativo comunitario.*

Per quanto sin qui osservato, sembra lecito affermare che, in sede di attuazione degli atti comunitari attraverso decreti legislativi, la possibilità per il Parlamento di indirizzare le scelte punitive del Governo in modo tale da garantire il rispetto del principio di riserva di legge in materia penale e da

---

([71]) Una indiretta conferma di tale assunto sembra offerta dal Parere del Comitato per la legislazione del 29 gennaio 1999 sul progetto di legga Camera 5459 relativo alla legge comunitaria 1998. In tale parere, infatti, dopo essere stato sottolineato che "deleghe di carattere ampio e generale per l'attuazione delle direttive comunitarie, come quelle di cui all'articolo 1 del disegno di legge in esame, pongono la necessità di una sempre più precisa definizione dei principi e criteri direttivi delle deleghe medesime", il giudizio favorevole al suddetto disegno di legge viene subordinato a talune condizioni. E la prima di tali condizioni consiste appunto nel fatto che "all'articolo 2, comma 1, lettera *c*), nonché all'art. 6, è necessario garantire un'esatta definizione dei criteri di delega per l'adozione di disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative, anche alla luce dei moniti espressi da recenti sentenze della Corte costituzionale, che ha invitato il legislatore, per quanto riguarda il ricorso alla sanzione penale, ad adottare criteri configurati in modo più preciso".

([72]) Owiamente, il Parlamento dovrebbe possedere un analogo livello di conoscenza anche in relazione ai regolamenti comunitari rispetto ai quali il Governo viene delegato ad emanare la disciplina sanzionatoria (cfr. art. 8 1. 12811998 e art. 6 1. 251 1999).

([73]) Cfr., supra, *sub* par. **3.**

salvaguardare, al contempo, i profili proporzionalistici e funzionalistici della sanzione, finisce col dipendere dalla effettiva conoscenza da parte di tale organo dei testi normativi varati dalla Comunità. Conoscenza la quale — una volta cessato il ricorso alle deleghe legislative concernenti atti comunitari di futura emanazione (74) — deve ritenersi sempre e comunque possibile, quantomeno fatte salve le già ricordate e molto problematiche ipotesi in cui la delega legislativa ha ad oggetto direttive modificate da altre direttive notificate nel corso dell'anno di delega.

Tuttavia, se è vero che il Parlamento ha ormai la possibilità di conoscere (fatte salve le ipotesi or ora menzionate) il contenuto dei testi comunitari da attuare, è altresì vero che il concreto grado di conoscenza degli atti in questione da parte di tale organo viene in larga misura a dipendere dal livello di coinvolgimento delle Camere nel processo di formazione e attuazione delle politiche comunitarie.

Al riguardo, è cosa nota che il nostro Parlamento è stato per lungo tempo, almeno nella sostanza, estraniato dall'attività di formazione della normativa europea (75). Certamente, questo stato di cose sembra riconducibile almeno in parte alla stessa struttura del processo decisionale europeo (76), nonché alle particolari caratteristiche della legislazione comunitaria (77), e dunque prescinde in qualche misura dalla maggiore o minore capacità dello Stato di introdurre adeguati meccanismi di controllo parlamentare atti a garantire una sorta di monitoraggio della produzione normativa varata a Bruxelles.

---

(74) Cfr. supra, sub par. 5, nt. 66.

(75) Cfr., in generale, VIVIANI SCHLEIN, Legge 9 marzo 1989, n. 86, Nome generali sulla partecipazione *dell'Italia* al processo nomativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari — Introduzione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, p. 529 ss.. con ulteriori riferimenti bibliografici.

(76) Processo, questo, incentrato sul Consiglio CE, il quale risulta composto a sua volta da rappresentanti degli Stati membri scelti all'interno dei rispettivi Governi, dunque aventi di regola il molo di ministri (cfr. l'art. 203 TCE). Tenuto anche conto del consolidato primato del Governo nei rapporti internazionali, ben si comprende, quindi, il dominio dell'esecutivo nell'ambito delle relazioni afferenti alle politiche comunitarie; dominio solo in minima parte intaccato da un Parlamento nazionale che oltretutto, come si avrà modo sottolineare nel prosieguo della trattazione, in materia comunitaria ha fatto un uso oltremodo sporadico della sua generica funzione di indirizzo e controllo dell'esecutivo. Cfr., sul punto, CARTABIA, L'ordinamento italiano e la Comunità europea, in BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche, Bologna, 1998, p. 121.

(77) Al riguardo, merita di essere sottolineato che una larga parte della normativa comunitaria secondaria presenta un carattere per così dire "amministrativo", awertito dal Governo come lontano dalle competenze del Parlamento. In effetti, l'estremo tecnicismo che il più delle volte caratterizza tale normativa tende a renderla oscura o comunque poco attraente agli occhi dei membri del Parlamento. In questo senso cfr., MAZZONI HONORATI, *La "partecipazione"* parlamentare al processo nomativo europeo, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1995, p. 36; nonché, da ultimo, NUGENT, Governo e politiche *dell'Unione* europea, Bologna, 1998, p. 423.

Tuttavia, può dirsi che la carenza di fome efficaci di interessamento e di partecipazione del nostro Parlamento sia alla fase di elaborazione dei testi di diritto comunitario derivato, sia alla fase di cognizione dei relativi esiti nomativi, sia infine alla fase di adattamento dell'ordinamento interno a questi ultimi, è sinora dipesa anche dalla riluttanza dell'Italia a varare nome dirette a potenziare tali forme di interessamento e partecipazione (78); e soprattutto è dipesa da una prassi parlamentare caratterizzata da una davvero scarsa attenzione ai momenti sia "ascendenti" che "discendenti" del processo normativo comunitario.

In particolare, *per quanto concerne gli interventi legislativi tesi a valorizzare il ruolo del Parlamento nelle fasi della formazione degli atti comunitari,* sono ben noti imodesti risultati ottenuti dalle leggi 16 aprile 1987, n. 183 e 9 marzo 1989, n. 86, le quali peraltro hanno previsto a carico dell'esecutivo l'obbligo prima di comunicare alle Camere i progetti di regolamenti, direttive e raccomandazioni (art. 9, l. 18311987) e poi di presentare alle stesse una vera e propria relazione semestrale sull'attività del Governo concernente il processo normativo comunitario (art. 7, l. 8611989) (79). Tali leggi, infatti, hanno avuto il grave difetto di conferire al Parlamento poteri d'intervento estremamente limitati nei confronti del Governo, consistenti in una mera facoltà di esprimere osservazioni sui testi comunitari in via di formazione (80); poteri, dunque, rivelatisi incapaci di influenzare significativamente l'attività governativa (81), ma prima ancora di incentivare l'interesse dei membri delle Camere in ordine all'attività normativa svolta a Bruxelles (82).

---

(78) Riluttanza, del resto, fomentata da una parte della dottrina. Cfr., ad esempio, CHITI-BATTELLI, I *"poteri" del Parlamento* europeo, Milano, 1981, p. 197 ss.

(79) In argomento v., ad esempio, BRUNELLI, Modello costituzionale e *prassi* legislativa nella delega per *l'attuazione* di *norme comunitarie,* cit., p. 2041, nt. 40; CARTABIA, *L'ordinamento* italiano e la *Comunità* europea, cit., p. 119 ss.; ORSELLO, *Ordinamento comunitario* e Unione europea, Milano, 1994, p. 792 ss. Al riguardo, va comunque ricordato che l'art. 7 l. 8611989 è stato riformulato dall'art. 10 della legge comunitaria 1998, il quale in particolare prevede un termine annuale anziché semestrale per la presentazione alle Camere della relazione sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario.

(80) Sottolinea le carenze della l. 8611989 in merito alla partecipazione del Parlamento all'attivita preparatoria degli atti normativi comunitari, tra gli altri, FIORAVANTI, *L'"adeguamento" dell'ordinamento* italiano alle *norme comunitarie* secondo la legge 9 *marzo 1989* n. 86, in Riv. dir. agr., 1990, I, p. 56 ss.

(81) Cfr., in particolare, Senato della Repubblica, Giunta per gli affari delle Comunità europee, Indagine conoscitiva *sulla* partecipazione *dell'Italia* alle fasi *formativa* ed applicativa del diritto *comunitario,* Roma, 1991, p. 242 ss.

(82) In questo senso cfr., tra gli altri, GUIZZI, *Parlamento* italiano e *Comunità* europee, in Riv. dir. eur., 1979, p. 137; nonché, da ultimo, *L'attuazione* in Italia delle direttive *comunitarie,* a cura di G. Amenta,, cit., p. 35. A riconferma di quanto appena detto, merita di essere ricordato che il Governo stesso, superata la sua iniziale ostilità rispetto all'attribuzione alle Camere dei suddetti poteri, ha finito per sottolineare

Per quanto concerne poi il ruolo del Parlamento nella fase di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario, nonostante l'attività normativa di adempimento diretto realizzata dalle singole leggi comunitarie ([83]), e nonostante che in tali leggi il ricorso alla delega abbia luogo materia per materia (dunque con una analiticità sintomatica di una qualche "serietà") ([84]), non si può negare che tale ruolo continui ad essere insufficiente e problematico. Ciò in quanto l'attività del Parlamento risulta sovente non supportata da "un quadro informativo completo sullo stato della normazione comunitaria vigente e da attuare", e comunque sovrastata dall'attività dell'esecutivo quale "*dominus* del processo legislativo" in questione ([85]).

Certamente, a colmare almeno in parte tutte queste lacune a livello conoscitivo e decisionale hanno provveduto le modifiche apportate nel 1988, 1990 e 1996 ai regolamenti di Camera (art. 125 ss.) e Senato (art. 142 ss.). Modifiche grazie alle quali sono stati attribuiti ad appositi organi parlamentari incaricati degli affari comunitari ([86]) taluni significativi poteri e funzioni. Si pensi, in particolare, alle funzioni di indirizzo e controllo sul Governo in merito alle sue scelte di politica comunitaria, alla possibilità di

---

l'esigenza di una più attiva partecipazione del Parlamento alle fase ascendente della normazione comunitaria (cfr., al riguardo, MAZZONI HONORATI, La *"partecipazione"* parlamentare *al* processo *normativo* europeo, cit., p. 31). Partecipazione, questa, tanto più indispensabile nel momento attuale, nel quale la progressiva estensione delle competenze comunitarie a settori al centro del dibattito politico non consente più di giustificare il disinteresse del Parlamento per le scelte decisionali effettuate in ambito europeo con l'argomento secondo il quale in relazione alle suddette decisioni non sussisterebbero significativi contrasti tra maggioranza e opposizione (in questo senso cfr. invece, sia pure con riferimento alla ben diversa realtà politica e comunitaria dei primi anni '80, CIAURRO, Strumenti di collegamento tra il Parlamento nazionale e le istituzioni comunitarie, in Affari *soc. internaz.*, 1986, p. 103).

([83]) Attività peraltro non certo pienamente soddisfacente in quanto talora (e specialmente nella legge comunitaria 1998) rivelatasi sporadica e complessivamente assai modesta. Al riguardo, va sottolineato come un più deciso ricorso a tale meccanismo attuativo sarebbe risultato più in linea col principio di riserva di legge in materia penale; principio il quale, come già ricordato, secondo taluni non ammette il meccanismo della delega legislativa in materia penale (cfr., *supra,* sub par. 5, nt. 51).

([84]) In questa prospettiva, non sembrano certo fuori luogo le osservazioni "in positivo" di larga parte della dottrina circa il ruolo assunto dal Parlamento in sede di attuazione del diritto comunitario a seguito della legge La Pergola. Cfr., ad esempio, CARETTI, La nuova disciplina della partecipazione *dell'Italia* al processo *normativo* comunitario e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, dettata dalla l. n. 86 del 1989, *alla* prova: la prima "legge comunitaria" (legge 29 dicembre 1990, n. *428),* cit., p. 331 ss.

([85]) MORISI, *L'attuazione* delle direttive Ce in Italia, cit., pp. 46-47.

([86]) Si allude, beninteso, alla Commissione politiche dell'Unione europea (in precedenza, Commissione speciale per le politiche comunitarie) istituita all'interno della Camera e alla Giunta per gli affari delle Comunità europee istituita all'interno del Senato.

esprimere pareri aventi ad oggetto i disegni di legge e gli schemi di decreti legislativi attuativi della normativa comunitaria, nonché infine alle funzioni ricognitive e promozionali destinate a favorire ulteriormente la conoscenza degli atti comunitari (87). Tuttavia, non v'è dubbio che l'attribuzione ad apposite strutture parlamentari di tali funzioni non è riuscita a produrre un effettivo coinvolgimento del Parlamento nelle politiche comunitarie. E ciò vuoi perché le stesse caratteristiche del disegno di legge comunitaria fanno sì che il suo esame risulti tuttora complesso e insidiato da innumerevoli problemi organizzativi (88); vuoi perché le suddette funzioni di indirizzo e controllo restano pur sempre, alla luce di un'indagine comparatistica estesa a tutti i Paesi membri, tra le meno incisive rispetto a quelle rinvenibili negli altri Stati dell'Unione (89); vuoi perché le funzioni in questione vengono talora compromesse o vanificate da una biasimevole prassi governativa, volta a non fornire al Parlamento le informazioni necessarie, e dunque di fatto ad ostacolare le necessarie forme di partecipazione democratica al processo di costruzione europeo (90); vuoi infine perché il Parlamento stesso tende a

---

(87) Cfr., *amplius*, CARTABIA, L'ordinamento italiano e la Comunità europea, cit., p. 119 ss.; TOSI, Diritto parlamentare, Milano, 1993, p. 372 ss. Sottolinea peraltro taluni limiti che tuttora caraterizzano i poteri della Commissione politiche dell'Unione europea e della Giunta per gli affari delle Comunità europee PIZZORUSSO, L'attuazione degli obblighi comunitari: percorsi, contenuti e aspetti problematici di una riforma del quadro normativo, in Foro it., 1999, V, c. 228 e 237.

(88) Al riguardo, restano ancora parzialmente validi i rilievi di CASSARINO, *Il* modello italiano di partecipazione alla Comunità europea *nell'esperienza* del Parlamento, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 3, Milano, 1993, p. 113 ss.; SPEZIALE, Profili regolamentari del processo di adeguamento *dell'ordinamento* interno *all'ordinamento* comunitario, in Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati, n. 4, Roma, 1992, p. 277 ss.

(89) Cfr. MATTINA, La représentation démocratique de *l'Union* européenne, in Rev. Marché unique européen, 1997, n. 3, p. 11. Sulla scorta della sua esperienza di membro del Parlamento europeo, l'autore ritiene che, assieme alla Grecia, all'Irlanda e al Portogallo, il nostro sia uno dei quattro Stati nei quali difetta un legame stabile tra i poteri legislativi nazionale ed europeo. Ciò non toglie che il problema costituito dal deficit di controllo del Parlamento nazionale sull'attività governativa in materia comunitaria venga acutamente avvertito anche nei Paesi membri in cui sussiste una più forte continuità tra politica nazionale e politica europea. Cfr. ad esempio, da ultimo e limitatamente alla Francia, SAURON, Droit communautaire et décision nationale. Le processus décisionnel dans *l'élaboration* et la mise en oeuvre du droit *communautaire*, Paris, 1998, *passim*; ID., Le *contrôle* parlementaire de *l'activité* gouvernementale en *matière* communautaire en France in Rev. *trim.* dr. eur., 1999, p. 171 ss.

(90) Più precisamente, merita di essere sottolineato come il Governo abbia sovente presentato con notevole ritardo la relazione semestrale alle Camere, di fatto vanificando così ogni effettiva partecipazione del Parlamento al processo decisionale europeo. Le inadempienze dell'esecutivo, che con i suoi ritardi ha in molti casi trasformato tale relazione da rassegna dei futuri indirizzi governativi in tema di politica comunitaria a mero consuntivo dell'attività effettuata al riguardo, è stata a

dimostrarsi, per colpevole inerzia, un cattivo gestore delle proprie prerogative in campo comunitario (91). Questo stato di cose, prodotto come detto dal sovrapporsi di inadempienze governative e parlamentari (92), è tanto più grave in quanto appare ormai assolutamente necessario ai fini della costruzione europea che i Parlamenti nazionali vi partecipino in modo reale e continuo, evitando così di assumere il ruolo di mero "terminale passivo" delle decisioni prese a Bruxelles (93), owero di mera "stazione di transito" di provvedimenti nati ed attuati nel segno del primato degli organi comunitari e nazionali di governo (94).

Attualmente, arenatosi il progetto di revisione costituzionale della parte seconda della Costituzione presentato dalla cosiddetta Commissione bicamerale nel 1997 (progetto in base al quale un apposito titolo della Suprema Carta veniva riservato alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea) (95), le speranze di un potenziamento del ruolo del Parlamento italiano nelle fasi di formazione e adattamento dell'ordinamento interno agli atti comunitari

---

più riprese stigmatizzata dalla Commissione speciale, la quale ha rilevato come in tal modo venga sottratta alle Camere la possibilità di esercitare i loro poteri di indirizzo in ambito comunitario. Cfr., ad esempio Camera dei deputati, XI legislatura, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni, 20 ottobre 1992, p. 112; ivi, 28 ottobre 1992, p. 206; ivi, 4 agosto 1993, p. 109. Resta il fatto che, secondo taluni, relativamente agli atti normativi che la Comunità è chiamata ad emanare, "non sarebbe possibile né una informativa dettagliata né dei suggerimenti specifici del Parlamento... in quanto l'atto comunitario sarà frutto di una complessa negoziazione che non può risultare preventivamente imposta dal Parlamento di uno Stato membro", L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie, a cura di G. Amenta, p. 35.

(91) Cfr., ad esempio, CARTABIA, *L'ordinamento* italiano e la Comunità europea, cit., p. 121. Cfr., altresì, MAZZONI HONORATI, La *"partecipazione"* parlamentare *al* processo *normativo* europeo, cit., p. 33 ss., il quale stigmatizza l'atteggiamento passivo del Parlamento anche successivamente all'introduzione di disposizioni atte a consentire un effettivo intervento di indirizzo delle Camere sul Governo.

(92) Come intuibile, tale sovrapposizione di inadempienze consente al Governo e al Parlamento di attribuirsi reciprocamente ogni responsabilità in ordine alle manchevolezze riscontrabili relativamente alla formazione delle politiche comunitarie ed alle procedure di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario. Cfr., al riguardo, quanto riportato alle note 68 e 76.

(93) Secondo quanto paventato da MATTINA, La représentation démocratique de *l'Union* européenne, cit., p. 9.

(94) Peraltro, sottolineando l'incidenza avuta dal Parlamento sui contenuti della prima legge comunitaria, tende a ridimensionare i rischi di un eventuale mancato controllo parlamentare dell'agenda comunitaria interna LIPPOLIS, I1 *Parlamento* nazional-comunitario, in Quaderni cost., 1991, p. 144. In una prospettiva parzialmente diversa e più problematica MORISI, L'attuazione delle direttive Ce in Italia, cit., p. 41 SS.

(95) Peraltro, per una critica alle disposizioni contenute nel titolo in questione, in ragione di una loro asserita complessiva inadeguatezza in prospettiva di democratizzazione del processo decisionale europeo, cfr. ancora MATTINA, La représentation démocratique de *l'Union* européenne, cit., pp. 11-12.

resta affidato alle riforme introdotte in materia dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998. Riforrne le quali — in linea con quanto stabilito dal Protocollo del Trattato di Amsterdam "sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea') (96) — sono per l'appunto finalizzate a garantire la massima conoscibilità della produzione normativa comunitaria, in particolare velocizzando e arricchendo il panorama informativo offerto alle Camere (97).

Per quanto sin qui detto in merito al ruolo del Parlamento nelle fasi ascendente e discendente del processo normativo europeo, sembra possibile affermare che sinora — nonostante le riforme dell'ultimo decennio, grazie alle quali sono stati attribuiti poteri sia conoscitivi che di indirizzo e controllo in capo a tale organo — quest'ultimo il più delle volte non è riuscito ad avere (o comunque di fatto non ha) un quadro informativo completo circa la legislazione comunitaria da attuare. Di conseguenza, le Camere possiedono ancor oggi una capacità di intervento assai limitata sulla attività normativa del Governo, o meglio su quella dei suoi attori burocratici deputati a redigere il disegno di legge comunitaria e, in particolare, a formulare in prima battuta i "principi e criteri direttivi" atti a vincolare l'azione del legislatore delegato (98).

D'altra parte, non sembra ingiustificato ritenere che lo stesso Governo sovente non abbia una dettagliata conoscenza dei testi comunitari da attuare, o quantomeno non giunga ad acquisire piena consapevolezza del livello di disvalore insito nelle violazioni delle disposizioni contenute nei testi in questione. In effetti, a causa innanzitutto dell'elevato numero di atti comunitari varati ogni anno e della loro spesso notevole complessità, siffatte forme

---

(96) Il Protocollo in questione è pubblicato, in particolare, in Dir. Un. eur., 1998, p. 750-751. La previsione, da parte del Trattato di Amsterdam e del suddetto Protocollo, "di più ampi e puntuali obblighi di informazione [dei Parlamenti] da parte delle istituzioni comunitarie e dei Governi" è sottolineata, ad esempio, da TIZZANO, Profili generali *del* Trattato di *Amsterdam,* ivi, p. 301. Come noto, diversamente da quanto avvenuto in Italia, in taluni Paesi europei il Trattato di Amsterdam e il Protocollo in questione hanno innescato significativi processi di revisione costituzionale finalizzati a contribuire, a livello nazionale, all'attenuazione del deficit democratico comunitario. In Francia ad esempio, la revisione costituzionale legata alla ratifica del Trattato di Amsterdam ha determinato un nuovo dibattito circa la necessità di riformare l'art. 88-4 della Costituzione, introdotto nel 1992 e volto ad associare il Parlamento nazionale all'attività normativa comunitaria. Così — sull'onda delle continue critiche circa il persistente ridotto controllo parlamentare su tale attività — con la legge costituzionale n. 99-49 del 25 gennaio 1999 si è proweduto a modificare l'art. 88-4 Cost. In merito a tale riforma cfr., diffusamente, SAURON, Le *contrôle parlementaire* de l'activité *gouvernementale* en *matière communautaire* en *France,* cit., p. 171 ss.

(97) Al riguardo cfr., diffusamente, FIORAVANTI, Modifiche e integrazioni alla legge La Pergola, in Riv. dir. agr., 1999, p. 95.

(98) In questo senso cfr., *amplius,* MORISI, L'attuazione delle direttive Ce in Italia, cit., p. 48.

di conoscenza e consapevolezza sarebbero oltremodo difficili anche per il più solerte e diligente dei Governi. Risulta quindi pressoché inevitabile che esse siano di fatto precluse ad un Esecutivo, come quello italiano, dimostratosi in più occasioni poco attento alle questioni di politica comunitaria, tanto da rinunciare frequentemente ad ogni autonoma iniziativa propositiva in sede "europea", e da limitarsi ad aderire in modo passivo alle decisioni prese in proposito da altri Stati membri ([99]).

Certamente, non può negarsi che le leggi comunitarie succedutesi a partire dal 1990 rivelino una certa cura in sede di stesura dei principi e criteri direttivi per l'esercizio della delegazione; cura evidenziata, in particolare, dalla previsione di una doppia disciplina nell'ambito della quale ai principi e criteri direttivi a carattere generale sono stati affiancati principi e criteri di delegazione previsti per singoli atti (o per specifici gruppi di atti) comunitari ([100]). Occorre tuttavia riconoscere che anche nelle più recenti leggi comunitarie i suddetti principi e criteri direttivi presentano talune lacune e difetti, che risultano particolarmente vistosi e dannosi in materia sanzionatoria. E ciò sia perché è in tale materia che in modo più pressante si avverte il problema della titolarità della funzione legislativa, sia perché è nel campo delle sanzioni che in modo più acuto emergono i limiti tuttora esistenti in tema di rapporti tra diritto interno e diritto comunitario. Nei prossimi paragrafi ci si propone, per l'appunto, di offrire la dimostrazione di quanto appena affermato.

8. L'ambito d'applicazione dei 'Criteri e principi direttivi *generali" per* la scelta della sanzione adottati dalle leggi comunitarie *1995-1997* e *1998. I* problemi *determinati* dalla estrema eterogeneità delle sottostanti violazioni.

Come già ricordato alla fine del paragrafo 4, con perfetto sincronismo le leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 prevedono all'art. 2 comma 1 lett. *c*) i criteri e principi generali in tema di sanzioni cui il Governo deve attenersi nel dare attuazione agli atti comunitari.

Si tratta, per l'appunto, di disposizioni d'indirizzo a carattere generale, il cui ambito di applicazione risulta, oltretutto, ben più esteso di quanto la sola lettura di tale articolo non lasci supporre. In effetti, un esame complessivo delle suddette leggi comunitarie evidenzia come a tali criteri e principi generali debbano informarsi non soltanto i decreti legislativi attuativi delle direttive comprese negli allegati menzionati nell'art. 1 delle leggi in questio-

---

([99]) Tale fenomeno è stato criticamente sottolineato dallo stesso Ministro per le politiche comunitarie e gli affari regionali (cfr. Senato della Repubblica, XI legislatura, Giunte e Commissioni, 29 luglio 1993, p. 82).

([100]) Cfr., al riguardo, le osservazioni di CANNIZZARO, La *legge comunitaria per il* 1990 *e il d.d.l. per il* 1991, cit., p. 210.

ne ([101]); ma anche, salvo poche eccezioni, i diversi testi normativi interni attraverso cui vengono trasposte le direttive comprese nei restanti allegati, ovvero attraverso cui viene offerta tutela sanzionatoria ad atti comunitari (regolamenti e direttive già recepite) privi di una adeguata disciplina punitiva. Più precisamente, ai sensi dell'art. 8 l. 128/1998 e dell'art. 6 l. 251 1999, gli stessi criteri e principi debbono improntare anche i decreti legislativi volti ad introdurre disposizioni sanzionatorie a tutela delle direttive attuate in via regolamentare o amministrativa ([102]), ovvero a tutela di regolamenti comunitari già in vigore. Inoltre, in base agli artt. 5 l. 128/1998 e 3 l. 2511999, ai medesimi canoni sanzionatori deve farsi ricorso per la determinazione delle scelte punitive a carattere amministrativo che il Governo è chiamato ad effettuare limitatamente alle direttive attuate con regolamento autorizzato. Infine, persino nell'ambito di talune norme particolari previste in entrambe le leggi comunitarie e volte a disciplinare la ricezione di singole direttive o di specifici gruppi di direttive sulla base di appositi criteri e principi ([103]) viene esplicitamente sancita l'operatività dei canoni sanzionatori dettati dall'art. 2 comma 1 lett. *c*), laddove beninteso essi non risultino incompatibili con i criteri e principi direttivi appositamente concepiti in vista dell'attuazione delle suddette direttive.

In definitiva, come già anticipato, i criteri e principi direttivi generali in tema di sanzioni dettati dalle leggi comunitarie 12811998 e 2511999 sovraintendono all'attuazione della disciplina punitiva relativa alla quasi totalità degli atti di diritto derivato ricompresi o evocati dalle leggi in esame: vale a dire sia degli atti da recepirsi mediante delega legislativa, sia di quelli che prevedono schemi di attuazione a carattere amministrativo, sia di quelli a tutti gli effetti "direttamente applicabili" ma privi di adeguata tutela sanzionatoria ([104]), sia infine di quelli sottoposti a criteri speciali di delega, nei limiti

---

([101]) Relativamente all'art. 1 l. 12811998, allegato **A**; relativamente all'art. 1 l. 251 1999, allegati **A** e B.

([102]) Come noto, gli artt. 8 l. 128/1998 e 6 l. 2511999 mirano a dare attuazione all'art. 4 comma 3 della legge "La Pergola", ove in materia di attuazione in via regolamentare viene stabilito che "se si rende necessario introdurre sanzioni penali o amministrative, la legge comunitaria detta le relative disposizioni". In tal modo — come già evidenziato in relazione alla "parallela" norma prevista all'art. 7 l. 14611994 — si consente di sanzionare le "violazioni delle disposizioni regolamentari e amministrative, evitando di ricorrere allo strumento del decreto legislativo in tutti i casi in cui la direttiva può essere recepita con strumenti più celeri": MASTROIANNI, La *legge comunitaria per il* 1993, cit., c. 356, per il quale l'art. 7 l. 146/1994 (e dunque, verosimilmente, anche gli artt. 8 l. 128/1998 e 6 l. 25/1999...) solleva dubbi circa il rispetto del principio di legalità, in ragione del ricorso al criterio della delega anziché della previsione diretta per quanto concerne le "relative disposizioni" contenenti sanzioni penali o amministrative.

([103]) Cfr. gli artt. 17 l. 128/1998 e 20 l. 2511999.

([104]) Vale a dire di quelli consistenti in regolamenti comunitari già vigenti alla data di entrata in vigore delle rispettive leggi comunitarie.

in cui questi ultimi non deroghino ai suddetti criteri e principi sanzionatori a carattere generale.

Ora, all'evidenza, l'estesissimo ambito d'operatività attribuito ai canoni sanzionatori dettati in via generale dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 mal si concilia — quantomeno in linea di principio — con la necessità che essi non risultino così vaghi e indeterminati da vanificare la loro funzione di indirizzo della discrezionalità governativa ([105]). E, invero, ben si comprende come non sia facile individuare canoni sanzionatori effettivamente vincolanti e, al contempo, capaci di attagliarsi a testi comunitari concernenti materie assai diverse, dunque implicanti violazioni oltremodo diversificate sul piano dei beni giuridici coinvolti e delle relative modalità di aggressione. Del resto, l'esigenza che i canoni sanzionatori dettati in via generale dalle leggi comunitarie in commento debbano tradursi in linee di indirizzo "buone per tutte le stagioni" emerge con chiarezza ove si rifletta sul fatto che i detti canoni ricalcano in modo pressoché pedissequo quelli contenuti nelle leggi comunitarie degli anni immediatamente precedenti ([106]), attraverso le quali veniva data attuazione ad una ulteriore miriade di atti comunitari relativi ai più vari settori di competenza comunitaria. Atti, questi, dei quali ancora una volta solo una minima parte risultava soggetta ad adempimento diretto ovvero a criteri speciali di delega destinati a derogare, in modo più o meno vistoso, ai canoni sanzionatori di carattere generale contenuti nelle relative leggi comunitarie annuali.

Inevitabilmente, in ragione del loro estesissimo "bacino d'utenza", i canoni generali in tema di sanzioni previsti nelle suddette leggi comunitarie sembrano esposti ad esigenze contrapposte o comunque difficilmente conciliabili. Da un lato, l'esigenza di risultare compatibili con testi normativi che possono richiedere, in sede di attuazione sanzionatoria, soluzioni punitive tra loro anche assai diversificate. Dall'altro lato, l'esigenza di prevedere, rispetto al potere sanzionatorio del Governo, limiti effettivi e più rigorosi di quelli sanciti dai principi generali del diritto comunitario ([107]) ed eventualmente dalle stesse disposizioni sanzionatorie a carattere generale contenute in singoli atti di diritto derivato ([108]); esigenza, quest'ultima, resa più viva dalla consapevolezza che nei canoni in esame trova espressione l'unico momento di intermediazione parlamentare riscontrabile nelle procedure per l'adempimento degli obblighi comunitari in tema di sanzioni.

([105]) In merito a tale necessità cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto, RODRIQUEZ, in *Commentario* breve alla Costituzione, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, *sub* art. 76, p. 473.

([106]) Cfr., in particolare, le già ricordate leggi 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria 1993) e 6 febbraio 1996, n. 52. (legge comunitaria 1994).

([107]) Si allude, ovviamente, al principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE e al principio "non scritto" di proporzione. In argomento cfr., supra, *sub* par. 3.

([108]) Si pensi, ad esempio, alla già ricordata (cfr., supra, sub par. 2) direttiva 91/250 CEE.

9. I canoni sanzionatori a carattere generale contenuti nelle recenti leggi comunitarie: in particolare, il "principio di necessità" della risposta punitiva.

È giunto il momento di esaminare analiticamente i criteri e principi generali ([109]) in tema di sanzioni previsti dalle recenti leggi comunitarie allo scopo di vincolare il Governo in sede di redazione delle norme punitive introdotte per adempiere agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità; vale a dire in sede di redazione delle norme penali e penal-amministrative poste a tutela delle disposizioni contenute sia nei decreti legislativi attuativi di direttive, sia nelle direttive attuate secondo le differenti procedure amministrative ammesse, sia infine nei regolamenti vigenti, laddove privi di adeguata disciplina sanzionatoria.

In proposito, merita innanzitutto di essere sottolineato come, ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. *c*) l. 128/1998 e della relativa "norma fotocopia" prevista dalla l. 2511999, i suddetti canoni sanzionatori possano essere distinti in *tre categorie*.

Nella prima categoria, tesa ad affermare il c.d. "principio di necessità" della risposta punitiva, rientrano i canoni che mirano a circoscrivere l'intervento sanzionatorio del Governo ai casi in cui tale intervento si riveli, per l'appunto, indispensabile alla tutela delle disposizioni di matrice comunitaria ([110]); *nella seconda e più articolata categoria*, espressiva del generalissimo "principio di proporzione", vanno ricondotte le norme di indirizzo attraverso le quali vengono fissati la tipologia ed il *quantum* delle sanzioni comminabili dall'esecutivo in adempimento degli obblighi comunitari; *nella terza categoria*, improntata al c.d. "principio di identità" della sanzione, si collocano le norme generali volte a scongiurare ogni forma di sperequazione tra le sanzioni da comminarsi per le violazioni della normativa di fonte comunitaria e le sanzioni comminate da leggi già vigenti per violazioni che rispetto alle prime risultino omogenee e di pari offensività.

Per quanto concerne la prima di queste tre categorie, essa si compendia nei due incisi posti in apertura dello stesso art. 2 comma 1 lett. *c*); incisi in base ai quali l'introduzione di nuove fattispecie sanzionatorie deputate ad assicurare l'osservanza delle disposizioni di origine comunitaria viene assoggettata a

---

([109]) L'oggetto del presente studio consente di trascurare il problema relativo all'analisi della locuzione "criteri e principi direttivi generali", ed in particolare all'opportunità di distinguere o meno tra "criteri" e "principi". Oltretutto, anche nell'ambito della dottrina costituzionale, l'attuale tendenza va nel senso di evitare puntualizzazioni al riguardo. Cfr. RODRIQUEZ, in Commentario breve alla Costituzione, cit., sub art. 76, p. 473.

([110]) Sul principio di stretta necessità della sanzione e sugli strettissimi legami che esso presenta col principio di proporzione cfr. peraltro, volendo, BERNARDI Sulle funzioni dei principi di diritto penale, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* — Scienze Giuridiche, vol. VI, 1992, p. 68. ss.

due distinte condizioni: a) che le disposizioni in questione non risultino tutelate per mezzo di norme penali già in vigore; b) che il ricorso a nuove fattispecie sanzionatorie di carattere amministrativo o penale si riveli assolutamente necessario.

a) Solo poche parole in ordine alla prima condizione. Come la dottrina non ha mancato di rilevare, essa sembra ispirata alla lodevole preoccupazione di non moltiplicare senza ragione le norme incriminatrici (e più in generale le norme sanzionatorie), specie se di fonte governativa ([111]). Resta da domandarsi perché tale clausola di salvezza faccia riferimento solo alle previgenti norme penali e non anche alle preesistenti norme punitivo-amministrative. Una possibile risposta, coerente coi principi comunitari di proporzione e di leale cooperazione, sarebbe quella di ricondurre tale omissione alla volontà del legislatore di non impedire che le violazioni della normativa di fonte comunitaria eventualmente punibili in base alla previgente normativa punitivo-amministrativa siano assoggettate a forme di tutela di tipo penale, nel caso in cui, per l'appunto, solo una sanzione criminale possa considerarsi pienamente adeguata rispetto alle suddette violazioni ([112]). In tal modo, infatti, in virtù del principio di specialità sancito dall'art. 9 1. 68911981, si consentirebbe alla norma penale di nuova creazione di prevalere sulla preesistente normativa punitiva a carattere amministrativo eventualmente applicabile anche alle suddette violazioni di origine comunitaria. Vero è però che il ricorso ad una siffatta norma penale speciale — implicando un diverso trattamento sanzionatorio tra le nuove violazioni di fonte comunitaria e le "parallele" violazioni assoggettate alla preesistente disciplina punitivo-amministrativa — si porrebbe in tendenziale contrasto sia col principio comunitario di assimilazione sanzionatoria delle violazioni analoghe per natura ed importanza ([113]) sia del parallelo "principio di identità" delle sanzioni previsto — come vedremo tra poco ([114]) — nella parte finale della lett. *c)* del comma 1 dell'art. 2 11. 128/1998 e 25/1999.

b) Poche e brevi annotazioni anche in ordine alla seconda condizione, per la quale la previsione di nuove fattispecie penali e penal-amministrative deve essere subordinata alla loro necessarietà rispetto alla tutela delle disposizioni di fonte comunitaria. Al riguardo, merita di essere sottolineato come il "principio di necessità" della sanzione, in base al quale norme punitive di nuovo conio vanno previste solo ove assolutamente indispensabili, risulta

---

([111]) Cfr., in particolare, P. GIAMPIETRO, 'Bozza" del T.*U.* a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema sanzionatorio, in Ambiente, 1998, p. 810.

([112]) Circa la necessità che la sanzione nazionale posta a tutela della normativa comunitaria debba presentare in taluni casi natura penale cfr., supra, sub par. 3, lett. al), nt. 39.

([113]) In merito a tale principio cfr., supra, sub par. 3.

([114]) Cfr. *infra*, sub par. 11.

correlata sul piano logico alla prospettiva "gradualista" del minor sacrificio; prospettiva secondo la quale, per l'appunto, deve ritenersi sproporzionata per eccesso ogni sanzione il cui coefficiente di afflittività risulti superiore a quello minimo richiesto in relazione ad ogni singola fattispecie (astratta o concreta).

Non sembra quindi illegittimo ritenere, in via interpretativa, che l'art. 2 comma 1 lett. *c*) delle recenti leggi comunitarie, nel subordinare la legittimità della risposta sanzionatoria alla stessa "necessarietà" di quest'ultima, imponga implicitamente al Governo di far ricorso alla sanzione penale (e non invece alla sanzione *amministrativa*) solo nei casi in cui la prima risulti assolutamente indispensabile in prospettiva di prevenzione generale e speciale. In questo senso, non appare incongruo ipotizzare che anche rispetto alla tutela di quegli interessi per i quali il medesimo art. 2 comma 1 lett. *c*) prevede il ricorso alla sanzione penale ([115]), sia pur sempre possibile comminare la semplice sanzione amministrativa anziché quella penale, nei casi in cui quest'ultima non si riveli strettamente necessaria in chiave preventiva.

Resta comunque il fatto che, così come oggi formulata, la disposizione in oggetto esprime in modo non sufficientemente esplicito quelle istanze di diritto penale minimo ([116]) rispetto alle quali sussistono, sia pure con varietà di sfumature, diffusi consensi presso gli operatori del diritto. Ben si comprende allora come, nella relazione al disegno di legge comunitaria 1998 presentato al Senato in data 24 aprile 1998, la seconda Commissione (Giustizia) avesse suggerito di integrare l'art. 2 comma 1 lett. *c*), precisando "che la previsione di sanzioni penali sia limitata solo in (sic) casi eccezionali in cui la sanzione amministrativa non sia in alcun modo idonea ad assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi". In effetti, l'esplicita affermazione del principio di *extrema ratio* dell'intervento penale avrebbe consentito di eliminare in radice ogni illazione in ordine al generico concetto di "necessarietà della sanzione", garantendo alla disposizione in esame una univoca portata direttiva, oggi insidiata da possibili interpretazioni a carattere riduttivistico.

([115]) Vale a dire degli "interessi generali dell'ordinamento interno del tipo di quelli tutelati dagli articoli 34 e 35 della legge 24 novembre 1981, n. 689". Sul punto cfr., *infra, sub* par. 10.

([116]) In argomento cfr., tra gli altri, BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale,* in *Dei delitti e delle pene,* 1985, p. 443 ss.; FERRAIOLI, *Il diritto penale minimo,* ivi, p. 493 ss.; ID., *Per un programma di diritto penale minimo,* in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela,* a cura di L. Pepino, 1993, p. 67 ss.; PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo,* in *Dei delitti e delle pene,* 1985, p. 525 ss.; RESTA, *La dismisura dei sistemi penali,* ivi, p. 475 ss.

10. I canoni sanzionatori generali ispirati al *"principio* di *proporzionalità"*.

Proseguendo nella disamina dei "criteri e principi direttivi generali" previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 in tema di sanzioni, è venuto il momento di passare in esame i canoni a carattere proporzionalistico volti a condizionare i tipi ed il quantum di pena comminati dagli organi di produzione normativa. Tali canoni — che, contrariamente a quelli di cui al paragrafo precedente, risultano formulati in modo alquanto dettagliato — sono riconducibili a loro volta in due distinte sottocategorie. Alla *prima* sottocategoria afferiscono i canoni concernenti sia i tipi di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di derivazione comunitaria in base al bene giuridico di volta in volta aggredito, sia i relativi minimi e massimi valevoli, salvo eccezioni espresse, per tutte le suddette violazioni. Alla seconda sottocategoria afferiscono i canoni atti a focalizzare i parametri oggettivi e soggettivi attraverso cui determinare, nel rispetto dei succitati vincoli tipologici e quantitativi, i compassi edittali di pena comminabili in relazione alle singole fattispecie astratte.

a) La prima sottocategoria di canoni espressivi del principio di proporzione si rinviene nella disposizione contenuta all'art. 2 comma 1 lett. *c*), subito dopo i due incisi iniziali. In base a tale disposizione, a tutela delle norme contenute nei decreti legislativi attuativi di direttive (117) "saranno previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali..... saranno previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi generali dell'ordinamento interno del tipo di quelli tutelati dagli articoli 34 e 35 della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Certamente, la formulazione di questa norma non appare felice, sia perché l'individuazione dei beni/interessi eventualmente meritevoli di salvaguardia penale attraverso il richiamo agli artt. 34 e 35 1. 68911981 (118) tenderebbe ad escludere da tale forma di salvaguardia beni/interessi di indiscusso rilievo (119), sia perché l'eventuale ampliamento in via interpreta-

---

(117) Ma anche, ai sensi degli artt. 8 l. 128 11998 e 6 1.2511999, a tutela delle norme comunitarie recepite in via amministrativa o wero direttamente applicabili.

(118) Come noto, la prima di tali norme contiene un elenco tassativo di reati esclusi dalla depenalizzazione, mentre la seconda esclude dalla depenalizzazione i reati attinenti a specifiche materie.

(119) In particolare, osserva criticamente come il richiamo agli artt. 34 e 35 1. 6891 1981 tenda ad escludere, dalla cerchia dei settori di disciplina suscettibili di legittimare la creazione di nuove incriminazioni in sede di attuazione del diritto comunitario, settori di interesse primario quali quelli concernenti la normativa societaria e la regolamentazione dei mercati finanziari FOFFAM, *Infedeltà patrimoniale* e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. *Profili* penalistici, Milano 1997, p. 556, nt. 139.

tiva del novero dei suddetti beni/interessi sembra affidato ad una espressione ("del tipo di quelli") i cui evidenti profili di indeterminatazza sono destinati, inevitabilmente, a riflettersi sullo stesso catalogo delle norme rispetto alle quali risulterebbero ammissibili forme di presidio a carattere penale ([120]). Non senza fastidiosi, vistosissimi margini di imprecisione sembra allora possibile dire che solo in relazione alle violazioni incidenti sugli interessi di rango più elevato — quali appunto quelli esclusi dalla depenalizzazione ai sensi dell'art. 34 l. 68911981 ovvero sottoposti ad apposita, autonoma disciplina ai sensi dell'art. 35 della stessa legge — *potrà* farsi ricorso alla sanzione criminale in sede di attuazione del diritto comunitario ([121]). Viceversa — come del resto precisato nel prosieguo dello stesso art. 2 comma 1 lett. *c*) — in relazione alle "infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli sopra indicati" *dovrà* essere comminata la sanzione amministrativa.

Tuttavia, come già accennato, nel dettare i canoni proporzionalistici relativi alle sanzioni volte ad assicurare l'osservanza dei precetti di fonte comunitaria, il Parlamento non si accontenta affatto di indicare il criterio su cui fondare l'alternativa sanzione penale/sanzione amministrativa, giungendo anche a predeterminare la tipologia e l'entità delle sanzioni comminabili. In effetti, sempre nell'art. 2 comma 1 lett. *c*) delle leggi comunitarie in esame si precisa che, nel caso in cui *debba* (o *possa)* farsi ricorso alla sanzione amministrativa ([122]), quest'ultima non deve essere inferiore a cinquantamila lire e superiore a duecento milioni; mentre nel caso in cui *possa* farsi ricorso

---

([120]) Lo stesso giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della "parallela" norma prevista all'art. 2 lett. d) della l. 14611994 (legge comunitaria 1993), ha sottolineato come il riferimento agli artt. 34 e 35 l. 68911981 non risulti certo un modello di precisione. Pur senza giungere a dichiarare l'incostituzionalità della norma in questione, esso ha infatti dichiarato che un "siffatto riferimento non risulta di facile applicazione quando si abbia riguardo, come accade in occasione delle comprensive deleghe disposte dalle varie 'leggi comunitarie' per l'attuazione di direttive delle Comunità europee, a settori numerosi e molto diversi dell'ordinamento, anche estranei a quelli presi in considerazione dalle citate norme del 1981, e che pure possono essere caratterizzati da interessi di cospicua rilevanza, e da una normazione preesistente che contemplava una disciplina penale... . La Corte esprime quindi l'auspicio che il legislatore, ove conferisca deleghe ampie di questo tipo, adotti, per quanto riguarda il ricorso alla sanzione penale, al cui proposito è opportuno il massimo di chiarezza e certezza, criteri configurati in modo più preciso" (Corte cost., 28 febbraio 1997, n. 53, in Giur. cost., 1997, p. 484).

([121]) In merito alla possibilità (e non invece all'obbligatorietà) per il Governo di comminare sanzioni penali anziché amministrative in caso di violazione di norme di derivazione comunitaria poste a tutela di beni giuridici primari, "del tipo di quelli" previsti agli artt. 34 e 35 l. 689/1981 cfr., *supra,* sub par. 9, lett. b).

([122]) Il ricorso al verbo "dovere" si giustifica col fatto che, come già accennato, il Governo risulta obbligato a comminare sanzioni amministrative anziché penali in tutti i casi in cui le infrazioni delle norme di derivazione comunitaria non "ledano o espongano a pericolo interessi generali dell'ordinamento interno del tipo di quelli

alla sanzione penale, il Governo è tenuto ad utilizzare solo le pene pecuniarie e detentive a carattere contrawenzionale, "nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a duecento milioni e dell'arresto fino a tre anni". In caso di impiego delle suddette sanzioni penali si stabilisce inoltre che, di regola, le pene in questione debbono essere previste in alternativa tra loro, la comminatoria congiunta risultando ammissibile solo in relazione alle "infrazioni che rechino un danno di particolare gravità",

Com'è facile comprendere, i canoni sanzionatori or ora ricordati si prestano a circoscrivere, talora in misura significativa, la libertà di scelta del legislatore delegato ([123]). In particolare, assai limitativa della discrezionalità di quest'ultimo risulta la scelta di assoggettare gli illeciti di derivazione comunitaria meritevoli di risposta penale alle sole pene contrawenzionali, sottraendoli così alla più energica forma di reazione offerta dal ricorso alle pene previste per i delitti. Ancorché, come vedremo nel prosieguo della trattazione, almeno in parte controbilanciata e "neutralizzata" dal canone sanzionatorio improntato al c.d. "principio di identità" della disciplina punitiva ([124]), la decisione di precludere in linea di massima al Governo la possibilità di battezzare come delitti i più gravi dei suddetti illeciti parrebbe, oltretutto, scarsamente plausibile ([125]). Essa, in effetti, sembra tradire una concezione "marginalista" delle disposizioni contenute nei regolamenti CE e nella legislazione nazionale di derivazione comunitaria; concezione, questa, sempre meno giustificabile nell'attuale contesto norrnativo, caratterizzato dalla crescente importanza, quantitativa e qualitativa, delle fonti europee ([126]).

Evidenti vincoli alla discrezionalità del legislatore pone altresì la regola della comminatoria disgiunta di pena pecuniaria e detentiva in assenza di un danno di elevata gravità. Anche se, per vero, occorre riconoscere che tale

---

tutelati dagli articoli 34 e 35 della legge 24 novembre 1981, n. 689". Per quanto riguarda invece il ricorso al verbo "potere", esso si giustifica col fatto che — sempre secondo quanto ricordato al par. 9, lett. b) — il Governo potrebbe optare per il ricorso a sanzioni a carattere amministrativo anziché penale anche in caso di lesione o messa in pericolo dei suddetti interessi generali dell'ordinamento interno.

([123]) Ciò non toglie che, con riferimento alle norme "parallele" previste dalle leggi comunitarie 1993 e 1994, una autorevole dottrina abbia sottolineato criticamente il permanere di un eccesso di discrezionalità in capo al Governo: cfr. MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale. 1 — *Le* fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica, cit., p. 159.

([124]) Al riguardo cfr., *infra, sub* par. 11.

([125]) In particolare, stigmatizza l'esclusione dell'illecito delittuoso dalle possibili opzioni punitive offerte al legislatore delegato ad attuare gli atti di diritto comunitario FOFFANI, Infedeltà *patrimoniale* e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili *penalistici,* cit., p. 556.

([126]) Sul punto cfr., *infra, sub* par. 14.

regola si pone in sintonia non solo col principio di proporzione, ma anche — quantomeno in linea tendenziale — con quel filone di pensiero, oggi assolutamente prevalente in Europa, secondo il quale il ricorso alla comminatoria congiunta di tali pene deve essere escluso in radice (127) ovvero circoscritto ad ipotesi eccezionali, caratterizzate da particolari esigenze a sfondo retributivo, generalpreventivo o specialpreventivo (128).

b) Passando ora all'esame della *seconda sottocategoria* di canoni espressivi del principio di proporzione, vale a dire all'esame dei canoni sanzionatori atti ad individuare i parametri attraverso cui determinare i compassi edittali comminabili *in relazione alle singole fattispecie astratte*, merita innanzitutto di essere sottolineata la varietà dei parametri considerati. Ai sensi della seconda parte della lett. c) del succitato art. 2, infatti, "Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni sopra indicate saranno determinate nella loro entità, tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, delle specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole o alla persona o ente nel cui interesse egli agisce".

Si tratta, all'evidenza, di parametri assai eterogenei, i cui connotati ora oggettivi ora soggettivi presentano tuttavia un minimo denominatore comune, costituito appunto dalla loro attitudine ad orientare in prospettiva proporzionalistica la scelta dei compassi edittali applicabili in relazione alle singole tipologie di illecito. Così, il richiamo alla "diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto" riflette l'esigenza di graduare i compassi edittali in ragione del disvalore oggettivo della fattispecie astratta; l'accenno alle "specifiche qualità personali del colpevole" esprime il disvalore soggettivo derivante dalla particolare qualifica dell'autore dell'illecito, mentre il rimando al Vantaggio patrimoniale che l'infrazione può comportare" segnala l'esigenza, anch'essa a carattere *lato sensu* "proporzionalistico", di

---

(127) In argomento cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, La pena pecuniaria in Italia e Francia, e l'esigenza di una sua *armonizzazione* a livello europeo, in Riv. it. di. proc. pen., 1990, p. 232. In effetti, proprio sull'onda della tesi dottrinale maggioritaria e di taluni esempi offerti dal movimento internazionale di riforma penale, l'art. 37 n. 2 del cosiddetto "schema Pagliaro" per un nuovo codice penale italiano dell'inizio degli anni '90 (cfr. Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo, in Quaderni de *"L'indice* penale': n. 9, 1993, p. 34) sanciva "l'esclusione assoluta della comminatoria congiunta di pena pecuniaria e detentiva".

(128) Cfr., in particolare, JESCHECK, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Rechtsvergleichender *Darstellung,* in Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate *im* deutschen und ausslandischen Recht, a cura di H.H. Jescheck; Baden Baden, 1984, p. 2054; KURZINGER, Bundesrepublik Deutschland, ivi, p. 1839.

rapportare l'entità della pena astrattamente prevista alla potenziale entità dell'illecito vantaggio economico connesso alla realizzazione del fatto vietato ([129]).

Comunque, al di là della maggiore o minore pregnanza che si voglia riconoscere ai canoni sanzionatori dettati dalle recenti leggi comunitarie in vista della determinazione dei compassi edittali applicabili alle singole fattispecie astratte, una cosa appare scontata: mentre i canoni sanzionatori in precedenza riportati sub a) pongono — sia pure in modo più o meno rigido — effettivi limiti al potere discrezionale del Governo, i canoni or ora menzionati costituiscono meri criteri di indirizzo a carattere "fattuale" ([130]), verosimilmente incapaci di vincolare in misura significativa le scelte punitive dell'esecutivo. Queste conclusioni risultano suffragate, *mutatis mutandis*, dall'osservazione dei risultati ottenuti dai criteri di commisurazione, anch'essi a carattere eminentemente "fattuale", dettati dall'art. 133 c.p. per incanalare il potere discrezionale (in questo caso del giudice penale anziché del legislatore delegato) in ordine alla scelta della sanzione. Criteri i quali — nonostante un livello di deterrninatezza e specificità senz'altro superiore a quello proprio dei canoni sanzionatori previsti dalle recenti leggi comunita-

---

([129]) Tuttavia, la determinazione dei limiti minimo e massimo di pena in base al vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole sottende un meccanismo "proporzionalistico" finalizzato a perseguire non tanto la dimensione afflittivo-retributiva della pena, quanto piuttosto la funzione generalpreventiva di quest'ultima, vale a dire la funzione di intimidazione attraverso disincentivazione economica. Ora, in questa sede può solo essere ricordato incidentalmente che l'unico modello di sanzione (pecuniaria) attraverso il quale risulta dawero possibile rapportare l'entità della pena "al vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare" è quello di tipo "proporzionale" il cui utilizzo peraltro non sembrerebbe ammesso dall'art. 2 comma 1 lett. b) in quanto, come noto, le pene proporzionali "non hanno limite massimo" (cfr. l'art. 27 c. p.), quantomeno fatti salvi i casi, assai rari, in cui la legge non stabilisca diversamente (cfr. ad es. l'art. 12 1. 10 gennaio 1935 n. 112, nel quale la pena proporzionale presenta un tetto insuperabile). Viceversa, una sanzione a compasso edittale difficilmente può essere quantificata "in astratto" tenendo conto del (potenziale) vantaggio patrimoniale dell'autore del reato. Infatti l'entità di tale (potenziale) vantaggio dipende dalla "concreta dimensione" della singola violazione, si ricava cioè dall'esame della fattispecie concreta anziché della fattispecie astratta: ed è risaputo che solo una pena di tipo "proporzionale" riesce ad adeguarsi "automaticamente" alla concreta dimensione del fatto vietato. Per più ampi sviluppi sul punto cfr., volendo, BERNARDI, Note sulla disciplina della pena pecuniaria prevista dallo schema di delega *al* Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* — Scienze Giuridiche, vol. VI, 1992, p. 120 ss.; ID., Natura penale e retaggi privatistici della pena pecuniaria, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, p. 558 ss.

([130]) In merito alla distinzione tra criteri di commisurazione a carattere "fattuale" ovvero a carattere "finalistico" cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, DOLCINI, in Commentario breve al codice penale, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, Padova, 1999, *sub* art. 133, p. 463 ss.

rie nella seconda parte della lett. *c*) dell'art. 2 — anche a causa dell'assenza di paralleli criteri "finalistici" di commisurazione ([131]) hanno finito come noto per rivelarsi inidonei ad orientare proficuamente l'attività di commisurazione della pena.

11. *Ancora sui canoni sanzionatori generali: il "principio di identità" delle sanzioni previste per le violazioni omogenee e di pari offensività.*

Nell'ambito dell'esame dei "criteri e principi direttivi generali" dettati dalle leggi 12811998 e 2511999 in tema di sanzioni attuative del diritto comunitario, nei due precedenti paragrafi si è avuto modo di passare in rassegna i canoni ispirati al principio di necessità della risposta punitiva e al principio di proporzione. Nel corso di tale rassegna, si è avuto altresì modo di sottolineare come solo taluni dei suddetti canoni presentino una reale attitudine a vincolare significativamente il potere discrezionale dell'esecutivo. Al riguardo, il canone che pone indirettamente il divieto di far ricorso a fattispecie delittuose e alle relative sanzioni è quello che più di ogni altro sembrerebbe limitare il Governo in sede di elaborazione delle scelte punitive adottate in adempimento degli obblighi comunitari. Conseguentemente, il canone in questione, se da un lato riflette l'esigenza "costituzionale" di offrire all'organo delegato criteri e principi realmente idonei ad imbrigliarne l'attività legislativa, dall'altro lato potrebbe favorire incongruenze, sfasature e contraddizioni sul piano politico-criminale. Infatti, in ossequio a tale criterio di delega, potrebbe accadere che una violazione di fonte comunitaria dotata di tutti i connotati oggettivi e soggettivi tipici del delitto venga forzosamente configurata dal legislatore delegato come contrawenzione ([132]). E invero, una siffatta eventualità appare tutt'altro che remota ove si consideri che — in base a quanto previsto dalle stesse leggi comunitarie all'art. 2 comma 1 lett. *c*) — le violazioni della normativa di derivazione comunitaria possono comportate "un danno di particolare gravità" ad interessi generali di rilievo primario ([133]). I1 rischio è allora quello di inserire nel sistema penale momenti di distonia, destinati a

---

([131]) Cfr., ancora, DOLCINI, ivi.; ID., La commisurazione della pena tra teoria e prassi, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, p. 55 ss.; PAVARINI, Introduzione al sistema sanzionatorio, in Introduzione al sistema penale, vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 1997, p. 326 ss., e bibliografia ivi riportata.

([132]) Sul punto cfr., anche per taluni significativi esempi tratti dall'esperienza legislativa degli ultimi anni, FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e *conflitto* d'interessi nella gestione d'impresa. *Profili* penalistici, cit., p. 558, il quale sottolinea come in questi casi si dia vita a una sorta di "contrawenzione delittuosa".

([133]) Cfr., ancora, FOFFANI, Infedeltà *patrimoniale* e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. profili penalistici, cit., p. 556.

snaturare gli aspetti contenutistici e strutturali peculiari della contravvenzione ed a compromettere proprio quel principio di proporzione della sanzione pervicacemente perseguito dalla stessa legge comunitaria nelle apposite, succitate disposizioni ad esso dedicate.

Come talora accade con il fuoco, quando con apparente paradosso viene combattuto contrapponendo ad esso un altro fuoco, le leggi comunitarie 1995-97 e 1998 (134) tendono a neutralizzare i potenziali effetti negativi insiti nella eccessiva vincolatività del canone sanzionatorio concernente l'esclusione delle pene delittuose dall'arsenale punitivo del legislatore delegato, contrapponendo a tale canone (o, se si preferisce, affiancandogli) un altro canone sanzionatorio ancor più rigido e vincolante. In base all'ultima parte della lettera *c*) dell'art. 2, infatti, "In ogni caso, in deroga ai limiti sopra indicati, per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi saranno previste sanzioni penali o amministrative identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni medesime".

Per mezzo di tale disposizione le leggi comunitarie finiscono dunque col dare vita ad una sorta di "clausola di omogeneità (rectius, di identità) della sanzione" attraverso la quale possono essere introdotti, in sede di attuazione del diritto comunitario, illeciti delittuosi apparentemente non consentiti in base ai criterilprincipi di delega in precedenza esaminati (135): sempreché, beninteso, le preesistenti violazioni della normativa vigente "omogenee e di pari offensività" rispetto a quelle di derivazione comunitaria siano previste nel nostro ordinamento come delitti.

L'importanza delle disposizioni in esame, tuttavia, non deriva certo solo dal fatto di consentire l'aggiramento del vincolo rappresentato, limitatamente agli illeciti di matrice comunitaria sanzionabili penalmente, dal ricorso esclusivo alle pene di tipo contrawenzionale. Infatti, in ragione della sua indiscussa posizione di primato all'interno dei criterilprincipi sanzionatori sanciti dall'art. 2 comma 1 lett. *c*) (136), la suddetta disposizione si presta a derogare tutti i canoni sanzionatori in precedenza ricordati (137): vale a dire sia i canoni proporzionalisticiconcernenti le sanzioni comminabili ed i loro limiti edittali, sia gli ulteriori canoni proporzionalistici relativi ai parametri oggettivi e soggettivi attraverso cui vanno ricavati i compassi edittali

---

(134) Ma anche, prima di loro, le leggi comunitarie 1993 e 1994.

(135) Cfr. CERASE, *Commento al d. lgs. 23 luglio 1996 n. 415,* in *LP,* 1997, p. 30; implicitamente P. GIAMPIETRO, *"Bozza" del* T.*U. a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema sanzionatorio,* cit., p. 811 ss.

(136) Il testo della disposizione in oggetto ("in ogni caso, in deroga ai limiti sopra indicati ... saranno previste...")è inequivoco in tal senso.

(137) P. GIAMPIETRO, *"Bozza" del* T.U. *a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema sanzionatorio,* cit., p. 812.

applicabili alle singole fattispecie astratte, sia financo — parrebbe — il canone espressivo del "principio di necessità" della sanzione [138].

In altre parole, nel caso in cui siano rinvenibili all'interno delle leggi vigenti norme punitive volte a colpire violazioni "omogenee e di pari offensività" rispetto alle violazioni di origine comunitaria, il "principio di identità" della sanzione sembrerebbe comportare l'automatico "scavalcamento" degli ulteriori canoni sanzionatori dettati dalla legge comunitaria. Questi ultimi, infatti, risulterebbero del tutto incapaci di condizionare una attività di commisurazione legislativa ormai irrinunciabilmente vincolata alle pregresse scelte sanzionatorie operate in ambito nazionale. Per quanto sin qui detto, ben si comprende come la disposizione posta a chiusura dell'art. 2 comma 1 lett. *c*) risulti della massima rilevanza; ciò non toglie che, peraltro, il principio in essa contenuto si presenti assai problematico, quanto meno sotto due diversi profili.

a) Il primo profilo di *problematicità* attiene al concetto stesso di "identità" delle sanzioni. Sembra infatti lecito domandarsi se tale identità concerna solo il genus delle sanzioni stesse (sanzioni amministrative o penali e, all'interno di queste ultime, sanzioni contrawenzionali o delittuose, detentive e/o pecuniarie) ovvero anche il loro *quantum,* espresso dai compassi edittali previsti volta a volta dalle leggi vigenti [139].

Al riguardo, sebbene la soluzione interpretativa diretta a circoscrivere l'identità delle sanzioni al loro genus non appaia, in linea di mero principio, del tutto irragionevole [140], non può essere negato che il tenore complessivo delle disposizioni in esame lascia senz'altro propendere per la soluzione in base alla quale il concetto di identità della sanzione vada esteso anche al dato quantitativo di quest'ultima.

Ed invero, l'obbligo di comminare sanzioni "identiche" viene sancito "in deroga ai limiti sopra indicati": limiti che, come visto nei precedenti paragrafi, attengono non solo al tipo, ma anche all'*entità* delle sanzioni. Quanto

---

[138] Per quanto concerne quest'ultimo canone sembrerebbe infatti che, nel caso in cui all'interno del nostro sistema risultino punite con sanzioni penali o amministrative violazioni "omogenee e di pari offensività" rispetto alle nuove violazioni di fonte comunitaria, queste ultime dovranno essere colpite con sanzioni "identiche" a quelle previste per le prime anche laddove, alla luce delle attuali valutazioni a sfondo retributivo-preventivo, il ricorso *alla sanzione* (o ad una sanzione *di siffatta gravità)* non possa essere considerato assolutamente necessario.

[139] Ma espresso altresì, in taluni casi, sotto forma di pena fissa o di pena proporzionale nelle sue diverse configurazioni. In merito a tali modelli di pena pecuniaria cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Natura penale e retaggi privatistici della pena pecuniaria,* cit., p. 553 ss.

[140] Tale soluzione, infatti, da un lato favorirebbe la previsione all'interno dell'ordinamento di scelte punitive almeno in linea tendenziale armoniche e coerenti, dall'altro lato farebbe in parte salva una discrezionalitàcomrnisurativa altrimenti del tutto preclusa al Governo.

meno relativamente alle pene principali, sembra allora doversi concordare con quella dottrina secondo la quale l'attributo identico "preso alla lettera, sembrerebbe non lasciare spazio alcuno ad eventuali modifiche, ritocchi o allontanamenti del Governo dalle misure sanzionatone precedenti nella predisposizione delle norme sanzionatorie da adottare per infrazioni introdotte ex *novo*" (141).

Viceversa, sempre tenuto conto del fatto che "i limiti sopra indicati" (i limiti, cioè, soggetti a deroga in nome del "principio di identità" della sanzione) concernono all'evidenza le sole sanzioni principali e non anche quelle accessorie, è da ritenersi che, limitatamente a queste ultime, venga meno l'obbligo di introdurre una disciplina "identica".

In conclusione, laddove nell'ambito del panorama normativo nazionale siano rinvenibili disposizioni dirette a colpire violazioni "omogenee e di pari offensività" rispetto alle nuove violazioni di fonte CE che il Governo è chiamato a prevenire e punire, limitatamente alle sanzioni principali tale organo si vedrà sottratta ogni libertà di scelta in ordine alla disciplina punitiva da applicarsi alle suddette violazioni, in virtù appunto del "principio di identità" delle rispettive sanzioni.

Verrebbe a questo punto fatto di domandarsi, provocatoriamente, se un siffatto canone sanzionatorio, finendo col precludere al Governo qualsiasi margine di discrezionalità, non si ponga in tensione con lo stesso art. 76 Cost. non già per difetto, ma per eccesso di vincolatività dei principi e criteri direttivi della legge delega (142). E tuttavia, anche a prescindere dalla dottrina secondo la quale la legge delega p u ò contenere statuizioni che vanno molto più in là della mera determinazione di 'principi e criteri direttivi', sino a predeterminare totalmente... il contenuto della legislazione delegata" (143), due considerazioni si impongono. In *primo* Zuogo un particolare coefficiente di vincolatività di taluni principi e criteri direttivi in materia sanzionatoria — oltre a non contrastare certo col concetto e con le finalità della delega laddove quest'ultima contenga anche altri principi e criteri meno rigorosi e vincolanti — ben sembra conciliarsi con la funzione garantista del principio di legalità penale. In secondo Zuogo il principio di identità" delle sanzioni, se in linea di principio non dovrebbe lasciare alcuna discrezionalità al Governo in ordine alla disciplina punitiva applicabile, nella realtà dei fatti non sembra precludere a tale organo la possibilità di prendere decisioni discrezionali ricche di conseguenze sul piano sanzionatorio. Infatti, come si vedrà subito, i margini

---

(141) P. GIAMPIETRO, *"Bozza" del* T.*U.* a tutela delle acque: *prime* note sul nuovo sistema sanzionatorio, cit., p. 812.

(142) Cfr., al riguardo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici RODRIQUEZ, in *Commentario* breve alla Costituzione, cit., sub art. 76, p. 473.

(143) CERVATI, voce Legge di delegazione e legge delegata, in Enc. dir., vol. XXIII, 1973, p. 950, il quale sottolinea che "la Costituzione non prevede nessuna riserva della competenza materialmente delegabile al Governo".

di libertà eventualmente preclusi in merito alla scelta della sanzione in caso di violazioni omogenee parimenti offensive potrebbero venir inopinatamente recuperati in un momento precedente a tale scelta: nel momento, cioè, in cui il Governo è chiamato a decidere se le violazioni previste dalle leggi vigenti siano davvero "omogenee e di pari offensività" rispetto alle violazioni di fonte comunitaria bisognose di attuazione sanzionatoria (144).

b) Il secondo profilo di problematicità insito nel canone di "identità delle sanzioni" concerne, per l'appunto, l'individuazione dell'esatto contenuto dei presupposti in presenza dei quali scatta l'obbligo di un siffatto parallelismo punitivo: presupposti costituiti, come detto, dalla *omogeneità* e *pari offensività* tra le violazioni da sanzionarsi in adempimento degli obblighi comunitari e le violazioni perseguibili in base alle leggi vigenti.

E invero, mentre il presupposto della "pari offensività" — evocando un giudizio di equivalenza tanto tra i beni tutelati dalle rispettive norme quanto tra i coefficienti di dannosità o pericolosità dei comportamenti vietati — appare sufficientemente "tecnico" e determinato (145), altrettanto non può certo dirsi rispetto al presupposto della "omogeneità" delle violazioni. In effetti, a causa della estrema genericità dell'espressione "violazioni omogenee", in assenza di ogni norma esplicativa al riguardo (146) sembra lecito domandarsi, innanzitutto, se tale espressione presenti una effettiva autonomia rispetto all'espressione "violazioni di pari offensività"; o se, viceversa, l'omogeneità e la pari offensività costituiscano un'endiadi, vale a dire una formula nell'ambito della quale i termini in essa ricompresi non giungono ad esprimere concetti tra loro differenziati.

AI riguardo — tenuto conto del fatto che l'eventuale perdita di ogni elemento distintivo tra i due presupposti in esame equivarrebbe di fatto all'appiattimento del concetto "generico" di *omogeneità* in quello "tecnico" di *pari offensività* (147) — sembra senz'altro preferibile attribuire una autonoma

---

(144) Owiamente, affermare *la legittimità costituzionale* del "principio di identità" della sanzione non equivale affatto ad escludere che il suddetto principio, nella configurazione assunta nelle leggi comunitarie, possa in taluni casi dare vita a soluzioni sanzionatorie viziate di *illegittimità comunitaria*. In argomento cfr. *infra, sub* par. 15.

(145) Anche se, complice la talora ardua individuazione del bene tutelato dalle singole fattispecie, può non risultare per nulla agevole valutare la sussistenza o meno di una equivalenza offensiva tra fattispecie penali.

(146) Ad esempio, in assenza di una norma analoga a quella prevista dall'art. 101 c.p., volta come noto a precisare cosa debba intendersi con l'espressione — anch'essa generica — "reati della stessa indole".

(147) E invero, la tendenza a confondere il contenuto dei presupposti in esame sembra contagiare anche quella dottrina tesa a sottolineare come "le due condizioni — che vincolano il Governo all'identità del 'nuovo' trattamento sanzionatorio — s[ia]no previste in congiunzione (in "e") e non in via disgiuntiva (in "o")" (P. GIAMPIETRO, *"Bozza" del* T.U. a *tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema*

valenza al primo di questi due concetti, cui dunque andrebbero ricondotti contenuti ulteriori e diversi rispetto a quelli concernenti la gerarchia dei beni giuridici ed il grado di offesa a questi ultimi.

Senonché, una volta optato per la concezione "autonomista" del presupposto "omogeneità delle infrazioni", resta pur sempre il problema relativo all'individuazione dell'effettivo contenuto di tale presupposto, e dunque dei parametri in base ai quali tale "omogeneità" debba essere valutata. A questo proposito, per quanto sin qui detto, sembra logico ritenere che il concetto di "omogeneità delle violazioni" presupponga l'esistenza all'interno di queste ultime di "caratteri fondamentali comuni" che prescindano dall'elemento "offensività" nelle sue diverse articolazioni. In questo senso, ad esempio, profili di omogeneità potrebbero emergere nelle ipotesi in cui le violazioni di "pari offensività" risultino altresì supportate da un medesimo coefficiente psicologico (dolo o colpa) e/o presentino analogie in merito vuoi alle modalità della condotta illecita (a carattere violento, owero fraudolento, ecc.) vuoi alle categorie di soggetti attivi, o comunque rivelino una medesima tendenza criminale nel soggetto agente.

Al di là di ogni altra considerazione, sembra opportuno sottolineare come l'esigenza secondo cui le violazioni sottoposte al "principio di identità sanzionatoria" debbano presentare elementi di omogeneità significativi e ulteriori rispetto a quelli espressi dai rispettivi livelli di offensività, possa trovare spiegazione anche alla luce del fatto che le violazioni considerate non dovranno essere colpite con sanzioni principali meramente analoghe (cioè equiparabili sotto il profilo dei rispettivi effetti afflittivi o comunque tra loro non manifestamente sproporzionate per contenuto ed entità) ma addirittura con sanzioni principali in tutto e per tutto identiche tra loro. Appare verosimile infatti che, a fronte della imposizione della medesima disciplina sanzionatoria, debbano sussistere tra le relative violazioni affinità molto strette, tali da giustificare un vincolo così penetrante alle scelte punitive del Governo.

Tuttavia, questo è il punto, appare altresì verosimile che il progressivo "arricchimento" degli elementi atti a fungere da minimo denominatore comune delle violazioni deputate a ricevere una uguale risposta punitiva possa rendere corrispondentemente più facile, per il Governo, la giustificazione circa il mancato rispetto del "principio di identità sanzionatoria". E evidente infatti che più si elevano i coefficienti di omogeneità e pari offensività sottesi al principio in questione, più risulterà agevole negare la inequivocabile presenza dei suddetti coefficienti in sede di comparazione tra "nuove" e "vecchie" violazioni.

---

sanzionatorio, cit., p. 812). Con riferimento al presupposto "omogeneità del comportamento vietato", infatti, tale dottrina evoca la distinzione tra reati di pericolo e reati di danno (p. 810), che viceversa attiene indubbiamente al presupposto della "pari offensività".

Pertanto, pur concordandosi con quanti ritengono che il mancato rispetto da parte del Governo del "principio di identità sanzionatoria" possa essere oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale "per allontanamento da un criterio direttivo della legge di delega" ([148]), non sembra da escludere l'eventualità che tale forma di sindacato sia in pratica destinata a sortire modesti risultati. E ciò, a causa della verosimile difficoltà di riconoscere la indubbia sussistenza dei presupposti (omogeneità e pari offensività delle violazioni) sulla cui base considerare costituzionalmente illegittima una disciplina sanzionatoria di fonte governativa elusiva del suddetto principio.

12. Limiti fisiologici e patologici del *"principio* di identità" delle sanzioni.

Prima di esaurire l'esame della disposizione posta a chiusura dell'art. 2 comma 1 lett. *c*), sembra opportuno approfondire taluni aspetti del "principio di identità" della sanzione atti a porne in luce l'effettivo ambito di operatività, segnalando le relative difficoltà applicative che, quantomeno limitatamente a taluni settori normativi, potrebbero ostacolare l'attività del Governo.

a) Anche ammettendo che la mancata applicazione del "principio di identità" della sanzione possa trovare un adeguato rimedio attraverso il controllo di costituzionalità, merita innanzitutto di essere sottolineato che il principio in questione non offre di per sé nessuna garanzia di consentire l'aggiramento dei limiti sanzionatori generali a carattere "proporzionalistico", previsti dalle leggi comunitarie, ogniqualvolta tali limiti si rivelino inadeguati. In altre parole, neppure nei casi in cui il divieto di introdurre sanzioni delittuose in attuazione delle norme di derivazione comunitaria si riveli palesemente irragionevole alla luce della struttura e del particolare disvalore delle relative violazioni, il "principio di identità" della sanzione risulterà in grado, sempre e comunque, di aggirare tale divieto. Ciò in quanto, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 2 comma 1 lett. *c*), la possibilità di introdurre illeciti delittuosi in caso di violazione degli atti di diritto derivato owero delle norme di trasposizione è condizionata appunto all'esistenza, all'interno del nostro sistema penale, di delitti "omogenei e di pari offensivita rispetto alle suddette violazioni di matrice comunitaria. Esistenza che peraltro non può essere certo data per scontata, specie in taluni settori del diritto di recente emersione o evoluzione rispetto ai quali la Comunità vanta una competenza concorrente.

In definitiva, per come risulta congegnato, il "principio di identità" della sanzione non costituisce affatto un meccanismo di elusione dei limiti sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie capace di venir attivato in tutti

---

([148]) P. GIAMPIETRO, *"Bozza' del* T.U. *a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema sanzionatorio,* cit., **p.** *8***12.**

i casi in cui, in relazione a talune fattispecie di derivazione "europea", non risulti opportuno ricorrere a sanzioni rientranti nei suddetti limiti. Tale principio realizza piuttosto un meccanismo atto a garantire (quantomeno nelle aspettative del legislatore delegante) [149] la coerenza delle scelte punitive "nuove" rispetto a quelle "vecchie" concernenti violazioni di contenuto e disvalore omogeneo: sempreché, beninteso, siano effettivamente *rinvenibili* all'interno del sistema fattispecie volte a colpire violazioni con tali caratteristiche. L'eventuale assenza di fattispecie (e dunque di violazioni) omogenee alle nuove fattispecie (e violazioni) di matrice comunitaria costituisce dunque una sorta di limite *fisiologico* all'operatività del "principio di identità" della sanzione: limite, come accennato, tanto più macroscopico quanto più i requisiti della omogeneità e della pari offensività vengano intesi in senso rigoristico.

b) Il principio qui considerato — imponendo rispetto alle nuove infrazioni di fonte comunitaria "sanzioni penali o amministrative identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni medesime" — non richiede soltanto la sussistenza all'interno dell'ordinamento di una o più norme volte a colpire violazioni dotate di un elevato livello di affinità rispetto alle nuove infrazioni di derivazione comunitaria. In effetti, tale principio postula altresì che, nell'ambito della legislazione vigente, tutte le disposizioni "preesistenti", deputate a prevenire e punire le infrazioni affini per contenuto e disvalore alle suddette violazioni di fonte comunitaria, si caratterizzino per l'omogeneità e la coerenza delle soluzioni punitive adottate. La qual cosa peraltro, come vedremo subito, risulta frequentemente smentita dall'esame della norrnativa interna. Anzi, come noto, la mancanza di una adeguata e generalizzata cultura della commisurazione della pena in fase legislativa fa si che non di rado violazioni tra loro assai simili siano assoggettate ad una disciplina sanzionatoria oltremodo sperequata e contraddittoria.

Questo fenomeno di sperequazione punitiva risulta particolarmente evidente in talune delle materie nelle quali è dato riscontrare una stratificazione di interventi normativi della Comunità e dello Stato. Anche perché assai spesso le materie in questione finiscono per essere disciplinate attraverso un numero di testi legali (e dunque di fattispecie punitive) talmente elevato da mettere a dura prova la "memoria storica" — oltretutto notoriamente assai modesta — degli organi interni di produzione normativa. Pertanto, e più esplicitamente, non sembra azzardato sostenere che a volte in tali materie i suddetti organi, nel momento in cui danno vita a nuovi testi corredati di fattispecie punitive, non hanno un esatto quadro della norrnativa vigente e delle scelte sanzionatorie da loro stessi in precedenza effettuate.

---

(149) Aspettative che tuttavia, come vedremo *infra,* sub lett. b), potrebbero in taluni casi andare deluse.

Si pensi, in particolare, all'incredibile marasma esistente nel campo del diritto penale alimentare, ove si rinvengono con grande facilità fattispecie penali e penal-amministrativevolte a colpire, con sanzioni assai differenti tra loro per tipo ed entità, illeciti senz'altro da considerarsi tra loro "omogenei e di pari offensività" ([150]). Analogamente, nel campo del diritto penale ambientale si rinvengono di frequente fenomeni di sproporzione sanzionatoria ([151]), che emergono con particolare evidenza dal raffronto di fattispecie, contenute in testi diversi, volte a colpire violazioni affini per struttura e disvalore. Fenomeni dello stesso tipo si rinvengono, poi, in ulteriori settori di rilievo comunitario, quali quelli del credito e risparmio, del lavoro, del commercio, ecc.

Orbene, in tutti questi campi e settori risulta sovente inattingibile una generalizzata simmetria sanzionatoria tra le "nuove" violazioni di derivazione comunitaria e le numerose, parallele violazioni rinvenibili nel nostro ordinamento. Ciò in quanto, in tale situazione, l'eventuale equiparazione tra una data violazione di derivazione comunitaria ed una parallela violazione della normativa preesistente può comportare, in modo automatico, la non-equiparazione della prima alle ulteriori violazioni "preesistenti" simili per natura e gravità alla seconda, ma rispetto a quest'ultima assoggettate ad una disciplina punitiva sensibilmente diversa.

Certamente, si potrebbe obiettare che la "preesistenza" in taluni settori normativi di una pluralità di violazioni tra loro simili per contenuto e disvalore ancorché assoggettate ad un trattamento punitivo vistosamente diseguale, non comporta, di per sé, l'inapplicabilità del "principio di identità" della sanzione. Infatti, in questi casi, il suddetto principio, così come formulato dalle leggi 12811998 e 2511999, consentirebbe al Governo di colpire la "nuova" violazione di derivazione comunitaria scegliendo una qualsiasi tra

---

([150]) 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, in Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti, a cura di E. Rook Basile, Milano, 1992, p. 242 ss. 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. 28311962; art. 13 l.28311962; art. 9 l. 12511954; art. 8 l. 50611970; art. 3 r.d.l. 1177/1938; artt. 7 e 13 l. 26/1990. 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. La depenalizzazione (realizzata dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, quando il presente lavoro era già in bozze) della quasi totalità delle fattispecie penali in materia alimentare previste dalle leggi speciali ha peraltro grandemente attenuato, specie in ambito strictu sensu penale, queste discrasie sanzionatorie.

le sanzioni prevista dalle norme vigenti volte a prevenire e punire "violazioni omogenee e di pari offensività". In questo senso, si potrebbe addirittura sostenere che in ipotesi siffatte verrebbe parzialmente restituita al Governo quella discrezionalità in ordine alla scelta del trattamento punitivo viceversa tendenzialmente esclusa dal "principio di identità" della sanzione. Non vi è tuttavia chi non veda come in tali ipotesi l'ideale di "interna coerenza del sistema penale" sotteso al principio in esame ([152]) uscirebbe umiliato dal ricorso alternativo, in relazione alla medesima violazione di derivazione comunitaria, a soluzioni sanzionatone tra loro fortemente disomogenee.

Il principio di eguaglianza sanzionatoria previsto dalle leggi comunitarie in caso di violazioni "omogenee e di pari offensività" sembra quindi necessariamente presupporre una sola norma punitiva interna di riferimento, ovvero una pluralità di norme interne di riferimento, purché corredate di sanzioni tra loro identiche o quantomeno assai simili. Di conseguenza, tale principio tende a mettere impietosamente in luce quelle incongruenze della disciplina sanzionatoria italiana favorite dalla sovrabbondanza, frammentazione ed irrazionalità di larga parte della legislazione complementare. Incongruenze che si traducono in una sorta di *limite patologico* al corretto funzionamento del principio in questione

A conclusione di questo esame dei criteri e principi direttivi generali in tema di sanzioni dettati dalle recenti leggi comunitarie, sembra possibile ribadire che il "principio di identità" della risposta punitiva, pur esprimendo un'idea di coerenza e razionalità largamente condivisibile, presenta problemi interpretativi ed applicativi non trascurabili. D'altra parte, per quanto visto in precedenza ([153]), nella loro attuale configurazione anche i canoni sanzionatori a carattere "proporzionalistico" non risultano del tutto soddisfacenti. Si è avuto infatti modo di osservare che la stessa predeterminazione da parte del legislatore di puntuali limiti qualitativi e quantitativi al potere discrezionale del Governo in materia di sanzioni, ove non accompagnata da una approfondita conoscenza dei testi comunitari oggetto di attuazione sanzionatoria, può porsi in contrasto con lo stesso principio di proporzione, relativamente a talune fattispecie di derivazione comunitaria rispetto alle quali tali limiti si rivelino inadeguati.

Indubbiamente, la parziale insufficienza dei canoni sanzionatori previsti

---

([151]) Cfr. F. GIAMPIETRO, Sanzioni amministrative e penali nel decreto Ronchi: la violazione della legge-delega, in Ambiente, 1997, p. 999 *ss.;* ID., Ecomafia, nuovi delitti, depenalizzazione.. a proposito del decreto 5 febbraio 1998!, ivi, 1998, p. 457 *ss.;* nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *La* tutela penale *dell'ambiente* in Italia: prospettive nazionali e comunitarie, in Annali *dell'Università* di *Ferrara* — Scienze giuridiche — Saggi *IV,* Ferrara, 1997, p. 79 *ss.*

([152]) P. GIAMPIETRO, *"Bozza"* del T.U. a tutela delle acque: prime note sul nuovo sistema *sanzionatorio,* cit., p. 810.

([153]) Cfr., supra, sub par. 9

dall'art. 2 comma 1 lett. *c*) delle recenti leggi comunitarie induce a considerare con particolare attenzione i canoni sanzionatori "speciali" da queste dettati in funzione di tutela di singoli atti o gruppi di atti comunitari. A tali canoni "speciali", infatti, sembrerebbe affidato il compito di integrare quelli "generali" sinora esaminati, così da consentire un adeguato trattamento punitivo per tutte le violazioni di fonte comunitaria.

13. I *canoni sanzionatori "speciali" introdotti dalle recenti leggi comunitarie annuali.*

Un esame esaustivo dei criteri e principi direttivi in materia di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998 deve dunque incentrarsi anche su tutte le disposizioni di tali leggi contenenti canoni sanzionatori "speciali", in quanto pensati per un numero circoscritto di violazioni; canoni che, differendo in varia misura da quelli previsti dall'art. 2 comma 1 lett. *c*), concorrano a delineare una disciplina sanzionatoria d'indirizzo meditata e articolata. Pertanto occorre soffermarsi, sia pure brevemente, su talune disposizioni contenute negli artt. 5 comma 3 e 17 comma 2 lett. *b)* della 1. 12811998, nonché negli artt. 3 comma 3 e 20 comma 1 lett. *c*) della 1.2511999.

E, invero, le disposizioni in questione — diversamente da quelle previste all'art. 8 comma 2 della legge comunitaria 1995-1997 e all'art. 6 comma 2 della legge comunitaria 1998 — non si accontentano di riaffermare in modo pedissequo la vigenza dei canoni sanzionatori "generali" anche in relazione alla normativa interna d'attuazione dei testi comunitari da esse specificamente richiamati. Al contrario, le suddette disposizioni — pur ribadendo per il resto l'obbligo di rispetto dei principilcriteri direttivi indicati nell'art. 2 comma 1 lett. *c*) — apportano a tali principilcriteri taluni parziali correttivi e aggiustamenti, concepiti in vista delle particolari esigenze sanzionatorie proprie degli atti o dei settori normativi cui le disposizioni medesime fanno riferimento.

a) I correttivi apportati dall'art. 5 comma 3 della legge comunitaria. 1995-1997 e dall'art. 3 comma 3 della legge comunitaria 1998 sono presto detti, consistendo nell'eliminazione dell'alternativa (peraltro già *ab origine* non libera, ma vincolata) (154) tra sanzione penale e sanzione amministrativa, in vista dell'utilizzo esclusivo della sanzione amministrativa in sede di trasposizione di taluni specifici atti comunitari. Più precisamente, tali norme dispongono che "il Governo è autorizzato a dare attuazione alle direttive di cui all'allegato C con uno o più regolamenti ...", e che "ove le direttive cui essi danno attuazione prescrivano di adottare discipline sanzionatorie, il Gover-

(154) Sul punto cfr. *supra, sub* par. 10, lett. a).

no può prevedere.... adeguate sanzioni amministrative, che dovranno essere determinate in ottemperanza ai principi stabiliti in materia dalla lett. *c*) del comma 1 dell'art. 2".

In definitiva quindi — fermi restando i limiti edittali previsti dall'art. 2 comma 1 lett. *c*), così come i criteri per la determinazione dell'entità della sanzione da comminare nell'ambito delle singole fattispecie — le eventuali norme d'attuazione sanzionatoria delle direttive contenute nell'allegato C potranno essere solo a carattere amministrativo, a prescindere sia dal tipo di interesse tutelato sia dal grado di aggressione prodotto dalle relative violazioni sia infine dall'esistenza o meno nel nostro ordinamento di "violazioni omogenee e di pari offensività" assoggettate a sanzioni di natura penale. In modo del tutto logico, l'esclusione a priori del ricorso alla sanzione penale giustifica l'utilizzo del regolamento autorizzato quale strumento di trasposizione degli atti comunitari summenzionati.

b) Rispetto alle due disposizioni or ora prese in esame, quelle previste all'art. 17 comma 2 lett. b) della legge comunitaria 1995-1997 e all'art. 20 comma 1 lett. *c*) della legge comunitaria 1998 risultano indubbiamente più interessanti sotto il profilo sanzionatorio.

b1) La prima di tali disposizioni concerne il recepimento delle direttive in tema di tutela delle acque dall'inquinamento ([155]), da realizzarsi apportando "le modificazioni ed integrazioni necessarie al coordinamento e al riordino della normativa vigente" di settore, secondo le modalità di cui all'art. 10 legge comunitaria 1995-1997, vale a dire attraverso l'emanazione da parte del Governo di "testi unici compilativi" ([156]).

Orbene, in vista dell'attuazione delle suddette direttive, e dunque in vista della redazione di un apposito testo unico, vengono fissati dalla lett. b) del comma 2 dell'art. 17 i criteri e principi atti a vincolare l'attività di revisione del sistema sanzionatorio per la tutela delle acque.

Ai sensi di questa disposizione, l'introduzione da parte del Governo di sanzioni penali e amministrative dovrà avvenire, ancora una volta, "nel rispetto dei principi e criteri indicati nell'art. 2 comma 1 lett. *c*)". Mutano, tuttavia, i compassi edittali delle pene comminabili, in quanto il limite massimo dell'ammenda sale a cinquecento milioni e quello dell'ammenda a cinque anni, mentre per quanto concerne le sanzioni amministrative, potrà essere previsto il "pagamento di una somma non inferiore a lire cinquecentomila e non superiore a lire cinquecento milioni".

([155]) Vale a dire delle direttive di cui all'art. 37 1. 22 febbraio 1994 n. 146, il cui termine d'attuazione viene prorogato di un anno dall'art. 17 comma 1 legge comunitaria 1995-1997.

([156]) In merito a tali testi unici ed al loro carattere necessariamente *innovativo* anziché meramente *compilativo* cfr., in particolare, F. GIAMPIETRO, *Comunitaria '95-'97 e ambiente: testi unici compilativi e sanzioni penali aggravate...*, in *Ambiente*, 1998, p. 636.

Evidentemente, il particolare rilievo attribuito alla tutela ambientale ha indotto il Parlamento ad operare, per una volta, una diversificazione dei limiti di pena, consentendo così la nascita di "mega-contravvenzioni"(157) dotate, almeno nelle aspettative, di una maggiore efficacia deterrente.

Il rigore sanzionatorio che indubbiamente ha permeato in questa circostanza la 1. 12811998 non ha tuttavia impedito ad una dottrina particolarmente attenta al problema ambientale di sollevare preoccupati interrogativi circa la "congruenza" di tali sanzioni da un lato con quelle, indubbiamente inferiori per tipo e/o entità, previste da taluni dei più importanti testi norrnativi in tema di ambiente (si pensi, in particolare, al D.lgs 5 febbraio 1997, n. 22 e successive modificazioni in tema di rifiuti (158), nonché alla 'legge quadro sull'inquinamento acustico" 26 ottobre 1995, n. 445 (159)), dall'altro lato con quelle, senz'altro ancor più severe per tipo ed entità, previste dai recenti progetti di legge tesi alla creazione di nuovi illeciti delittuosi in materia ambientale (160).

Vero è che, in un primo momento, i suddetti preoccupati interrogativi potrebbero apparire eccessivi. Infatti, per quanto concerne il mancato parallelismo punitivo con le leggi in materia ambientale contenenti sanzioni più miti, si potrebbe obiettare che vincolare la discrezionalità del legislatore delegato entro i suddetti limiti maggiorati di sanzione non significa affatto obbligare quest'ultimo a comminare sanzioni la cui entità massima coincida (o si avvicini sensibilmente) ai massimi edittali consentiti. E si potrebbe altresì obiettare che, sussistendone i presupposti, sarebbe sempre possibile appellarsi al "principio di identità" della sanzione per prescindere dagli

---

(157) L'espressione è di F. GIAMPIETRO, *op. ult. cit.*, p. 634.

(158) Infatti all'interno di tale testo normativo ci si limita a prevedere, per le violazioni più gravi, la pena dell'arresto fino a tre anni e della pena dell'ammenda fino a cento milioni (realizzazione o gestione di una discarica abusiva destinata allo smaltimento di rifiuti pericolosi: art. 51, comma terzo), mentre per i casi meno gravi di abbandono di rifiuti (art. 50, comma primo) sono comminate sanzioni amministrative pecuniarie di modesta gravità.

(159) La legge in questione, infatti, prevede un articolato sistema di sanzioni a carattere meramente amministrativo, volte a punire i casi sia di inottemperanza dei provvedimenti dell'autorità competente, sia di superamento dei valori-limite di emissione e di immissione, sia di violazione dei regolamenti d'esecuzione.

(160) Cfr. Ministero dell'Ambiente — Commissione "Ecomafia" — Sottocommissione Diritto Sostanziale, Proposta di inserimento nel Codice Penale di *"delitti* contro l'ambiente": relazione e bozza, Roma, 13 marzo 1998, in http://www.reteambiente.it/*gtemi/bozzaecomafia.htm.* Cfr., altresì, il doc. XXIII n. 5 "Introduzione nel codice penale del titolo VI bis, 'delitti contro l'ambiente' e disposizioni sostanziali e processuali contro il fenomeno criminale dell'"Ecomafia'", approvato nella seduta del 26 marzo 1998 e trasmesso alla Presidenza delle Camere il 22 aprile 1998, in *http://www.parlamento.it/parlam/bicam/rifiuti/Documen/docxxiii5.htm*. Resta il fatto che, nel momento in cui si scrive, non è owiamente ancora nota né la configurazione definitiva di tali illeciti né la relativa disciplina sanzionatoria.

specifici limiti sanzionatori fissati dall'art. 17. Per quanto concerne poi il mancato parallelismo punitivo con i progetti di legge in materia ambientale contenenti pene più severe, verrebbe fatto di obiettare che il "principio di identità" della sanzione potrebbe essere invocato anche per consentire di applicare alle nuove violazioni ambientali di fonte comunitaria le pene delittuose previste nei succitati progetti di legge; a patto che, beninteso, uno di questi venga approvato in via definitiva dal Parlamento, e che gli illeciti ivi previsti possano essere considerati "omogenei e di pari offensività" rispetto a quelli in tema di inquinamento delle acque puniti in sede di attuazione delle direttive di cui all'art. 17.

Tuttavia, ad una più attenta analisi, le suddette obiezioni non risultano pienamente convincenti. E invero, nel caso di specie, è possibile "toccare con mano" quanto in precedenza osservato in merito alla problematica operatività del principio di identità" della sanzione in presenza di una pluralità di violazioni "preesistenti" tra loro analoghe per contenuto e disvalore ancorché sottoposte a trattamenti punitivi fortemente sperequati ([161]). In questo senso, i criteri e principi direttivi in tema di sanzioni previsti ex *novo* o richiamati dall'art. 17 appaiono indubbiamente di difficile applicazione e coordinamento se calati in un sistema come quello ambientale, nel quale "ogni settore legislativo sulle diverse fonti inquinanti vive come sistema chiuso" ([162]) e nel quale, addirittura, i singoli interventi normativi tendono a caratterizzarsi per una propria logica punitiva, disancorata da (e dunque sovente in contrasto con) quella peculiare dei paralleli, ulteriori interventi normativi in materia ambientale ([163]).

b2) Quanto alla disposizione di cui all'art. 20 comma 1 lett. *c*) della legge comunitaria 1998, essa concerne l'attuazione della direttiva 97/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997, in vista della quale vengono appunto introdotti taluni particolari principi e criteri direttivi anche in materia sanzionatoria. In base ad essi, occorre innanzitutto "prevedere la revisione del sistema sanzionatorio dell'intera materia che concerne la etichettatura dei prodotti alimentari, stabilendo, oltre all'introduzione di adeguate sanzioni amministrative pecuniarie, anche un riordino e una armonizzazione di quelle già esistenti". Ferrno restando che anche tale riordino/armonizzazione potrà "avvenire mediante l'introduzione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a lire cinquecentomila e non superiore a lire venticinque milioni...".

([161]) Cfr., supra, sub par. 12, lett. b).

([162]) F. GIAMPIETRO, Comunitaria '95-'97 e ambiente: testi unici compilativi e sanzioni penali aggravate..., cit., p. 636; P. GIAMPIETRO, Gli scarichi *dell'impresa* agricola fra legge Merli e nonnativa sui rifiuti, in Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare (atti del Convegno "A. Carrozza"), Milano, 1999, p. 50 ss.

([163]) In merito a tali discrasie sanzionatorie in materia ambientale cfr., supra, sub par. 12, nt. 151.

A prescindere dalla loro non felice formulazione, è agevole rilevare che i canoni sanzionatori "speciali" or ora riportati risultano, sotto certi profili, analoghi a quelli ricordati *supra, sub b l)*. Questa volta, tuttavia, tali canoni non si prefiggono di orientare in una prospettiva di maggiore afflittività il potere discrezionale attribuito in via generale al Governo dall'art. 2 comma 1 lett. *c*) in merito alla scelta dei compassi edittali di pena utilizzabili in relazione alle singole fattispecie astratte ([164]); ma si prefiggono invece di comprimere tale discrezionalità in una prospettiva di uniformazione (e di tendenziale attenuazione) delle risposte punitive. Più precisamente, al fine meritorio di porre termine all'indescrivibile babele che ha sinora contraddistinto la disciplina sanzionatoria nel settore dell'etichettatura dei prodotti alimentari ([165]), il legislatore delegante tende a circoscrivere la libertà di scelta del Governo in merito al tipo e al *quantum* della pena, specificando che, nell'ambito di un generale processo di riorganizzazione della disciplina punitiva di tale settore, devono essere comminate esclusivamente sanzioni a carattere amministrativo, e che il limite minimo di pena adottabile in sede di compasso edittale non potrà scendere al di sotto delle cinquecentomilalire, così come il limite massimo non potrà superare i venticinque milioni.

Ma, l'art. 20 comma 1 lett. *c*) della legge comunitaria 1998 non si limita a vincolare il Governo all'introduzione di sanzioni amministrative dotate di compassi edittali rispettosi dei limiti minimo e massimo or ora ricordati. In effetti, la norma in questione prevede nella sua ultima parte un ulteriore canone sanzionatorio, peraltro formulato in modo assai ambiguo se non addirittura misterioso. In base ad esso, "ai fini della determinazione in concreto della sanzione si dovrà tenere conto del numero dei prodotti o delle loro porzioni aventi un'etichettatura non conforme, fermo restando il rispetto degli altri principi e criteri direttivi indicati all'articolo 2, comma 1, lettera *c*)".

([164]) Come si è avuto modo di osservare *supra, sub b l)*; ,in relazione alle direttive in tema di tutela delle acque dall'inquinamento indicate all'art. *17* comma 2 lett. b) della legge comunitaria *1995-1997*, la tendenza ad orientare in senso rigoristico la discrezionalità governativa prevista in via generale dall'art. 2 comma 1 lett. *c*) in merito alla scelta dei compassi edittali si è manifestata in relazione alle sanzioni sia penali sia amministrative. Più precisamente, per quanto concerne le sanzioni penali, il limite massimo di pena è stato portato da tre a cinque anni di arresto e da duecento a cinquecento milioni di ammenda, mentre per quanto concerne le sanzioni amministrative il limite minimo è stato portato da cinquantamila a cinquecentomila lire, ed il limite massimo da duecento a cinquecento milioni.

([165]) Con specifico riferimento all'attuale caos sanzionatorio in materia di etichettature alimentari, derivante dal sovrapposi e accavallarsi di una oltremodo pletorica e farraginosa gamma di testi normativi di matrice nazionale ovvero comunitaria cfr., volendo, BERNARDI, La *disciplina penale della produzione agricola e del mercato agro-alimentare*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da *L.* Costato, Padova, *1997*, p. *763* ss.

Posto che, in quanto criterio di delega, detto canone deve necessariamente essere concepito per vincolare l'attività normativa del Governo in tema di etichettatura dei prodotti alimentari, e non può quindi essere indirizzato in via diretta agli organi amministrativi deputati ad applicare in concreto le sanzioni amministrative pecuniarie, tre alternative sembrano possibili:

a) attraverso il canone in esame si vuole imporre al legislatore delegato di varare, in caso di violazione delle norme sull'etichettatura, disposizioni che non solo prevedano sanzioni amministrative pecuniarie i cui limiti non travalichino quelli indicati nello stesso art. 20 comma 1 lett. *c*), ma che prevedano anche, esplicitamente, un criterio per la determinazione delle suddette sanzioni ulteriore rispetto a quelli indicati all'art. 11 della l. 24 novembre 1981, n. 689 (o, se si preferisce, specificativo di taluno di essi) (166);

β) con il suddetto canone sanzionatorio si tende a suggerire il ricorso ad un particolare modello di sanzione amministrativa pecuniaria capace di valorizzare al massimo l'aspetto "quantitativo" della violazione. In questa prospettiva, il modello più aderente a tale esigenza sarebbe costituito da una sanzione pecuniaria proporzionale (167) dotata però, al contempo, di una soglia minima e di un tetto massimo rispettosi dei limiti specificamente previsti per le violazioni in questione. Tuttavia, anche ma non solo a causa dell'eccezionalità del modello di sanzione qui prospettato (168), sembra inutile negare che questa soluzione interpretativa risulti poco plausibile;

γ) per mezzo di detto canone si vuole indurre il Governo a formulare le disposizioni che prevedono sanzioni amministrative in materia di etichettature alimentari in modo tale da determinare una variazione quantitativa della pena a seconda che il "numero dei prodotti o delle loro porzioni aventi un'etichettatura non conforme" risulti più o meno elevato. In particolare — poiché il cosiddetto "diritto penale amministrativo", pur non contemplando una autonoma disciplina delle circostanze, sembra ammettere la previsione in relazione ai singoli illeciti di circostanze speciali che incidono sulla commisurazione della sanzione attraverso l'applicazione analogica degli artt.

---

(166) In questo senso, posto che tra il primo tra i "criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie" previsti all'art. 11 l. 689/1981 è costituito dalla "gravità della violazione", il "numero dei prodotti o delle loro porzioni aventi un'etichettatura non conforme" finirebbe per costituire un criterio autonomo e privilegiato per valutare tale gravita.

(167) Sul punto cfr., *supra*, sub par. 10, lett. b), nt. 129.

(168) Infatti, pur non mancando esempi di sanzioni pecuniarie proporzionali dotate altresì di un limite minimo e/o, più frequentemente, di un tetto massimo (cfr., tra gli altri, l'art. 12 l. 10 gennaio 1935 n. 112 e l'art. 6 l. 4 novembre 1981 n. 628), è indubbio che il ricorso a sanzioni di tal fatta risulta estremamente sporadico. Sulle ragioni d'ordine "funzionale" che giustificano la scarsa fortuna di sanzioni così congegnate cfr., volendo, BERNARDI, Natura penale e retaggi privatistici della pena pecuniaria, cit., p. 563 ss.

63 e 69 c. p. ([169]) — parrebbe possibile costruire disposizioni corredate di circostanze aggravanti concernenti l'elemento quantitativo costituito dal numero dei prodotti. Fermo restando che, beninteso, la sussistenza di tali circostanze non potrebbe giustificare il superamento dei limiti edittali di pena stabiliti dall'art. 20 comma 1 lett. *c)*.

14. *Sulla conformità dei canoni sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie annuali ai criteri per la scelta delle tipologie punitive suggeriti dalle circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri 19 dicembre 1983 e 5 febbraio 1986.*

L'esame sommario or ora effettuato dei principi e criteri direttivi "speciali" dettati dalle recenti leggi comunitarie in tema di sanzioni invita a qualche breve considerazione.

Indubbiamente, la predisposizione all'interno della legge comunitaria di canoni sanzionatori ulteriori rispetto a quelli previsti in via generale dall'art. 2 comma 1 lett. *c)* dimostra come il legislatore italiano abbia voluto tener conto delle particolari esigenze punitive correlate a taluni atti o gruppi di atti CE. E tuttavia, sarebbe senz'altro ottimistico ritenere che grazie al contributo di questi speciali canoni sanzionatori le leggi comunitarie diano vita ad una normativa d'indirizzo complessivamente soddisfacente, in quanto idonea a tutelare in modo adeguato ogni singola norma di derivazione "europea".

Al contrario, l'esame dei canoni in questione e dei relativi ambiti d'applicazione sembra destinato a suscitare fondate perplessità. Infatti — anche a prescindere dai problemi interpretativi ad essi correlati — risulta chiaro da un lato che i suddetti canoni non riescono ad arricchire in maniera dawero significativa il quadro delle opzioni punitive offerto al legislatore delegato; dall'altro lato che questo (modesto) arricchimento si manifesta in relazione ad un numero assai circoscritto di testi normativi.

Di qui, il dubbio che l'attività parlamentare di "individualizzazione" dei canoni sanzionatori si sia realizzata attraverso interventi parziali e di facciata, rivelatori di un esame quantomeno non esaustivo dei contenuti propri di ogni singola normativa comunitaria bisognosa di attuazione sanzionatoria.

Addirittura, sembra di poter dire che la complessiva disciplina dei canoni sanzionatori "speciali" altro non faccia se non sottolineare, per contrappasso, il "primato" pressoché assoluto dei canoni sanzionatori generali previsti dall'art. 2 comma 1 lett. *c*). Del resto, le leggi comunitarie annuali si affrettano molto opportunamente a ricordare che, anche limitatamente agli atti o gruppi di atti rispetto ai quali vengono introdotti canoni sanzionatori

---

([169]) Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto* penale, Padova, 1992, p. 980.

speciali, i canoni sanzionatori generali restano operanti, ove per l'appunto non derogati da quelli speciali. Ed è appena il caso di sottolineare come il carattere assai poco "sowersivo" (ma, di regola, puramente specificativo) di questi ultimi consenta di fare salva la massima parte dei criteri e principi direttivi generali in tema di sanzioni anche nei circoscritti settori normativi oggetto delle specifiche norme di indirizzo sanzionatorio previste alla lettera *b)* del paragrafo precedente.

In definitiva, quindi, le norme di indirizzo dettate dalle leggi comunitarie in ambito sanzionatorio si riducono, essenzialmente, a quelle di carattere generale, le quali solo in casi particolari possono risultare parzialmente derogate o specificate da ulteriori norme di indirizzo destinate comunque a non modificare in misura significativa il quadro complessivo dei vincoli in materia punitiva cui il Governo è chiamato ad attenersi in sede di attuazione del diritto comunitario. Quadro complessivo, per vero, non del tutto privo di aspetti positivi, ma caratterizzato anche, come si è visto nei paragrafi precedenti, da non pochi nodi, ombre e disfunzionalità.

Tuttavia, prima di azzardare giudizi conclusivi sui canoni sanzionatori previsti dalle recenti leggi comunitarie (giudizi oltretutto particolarmente ostici ed opinabili in quanto concernenti questioni nuove e delicate, fatalmente condizionate dal concetto di legalità penale di volta in volta accolto e dal persistere di rapporti non facili tra diritto comunitario e diritto penale) sembra quantomeno opportuno riprendere brevemente in esame i suddetti canoni. Ciò, al fine di valutare la congruenza di questi ultimi *sia* rispetto alle scelte di politica sanzionatoria suggerite da taluni importanti testi normativi nazionali, *sia* rispetto ai vincoli posti dalla Comunità alle opzioni punitive attuative delle fonti CE. Alla prima di tali valutazioni di congruenza sarà dedicato il prosieguo di questo paragrafo, mentre alla seconda sarà dedicato il successivo paragrafo 15.

Venendo dunque ad affrontare il problema della conformità tra le norme d'indirizzo sanzionatorio contenute nelle leggi comunitarie e i criteri suggeriti in ambito nazionale in vista della razionalizzazione degli interventi punitivi, occorre distinguere tra i criteri previsti dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983 ([170]) e quelli previsti dalla parallela circolare del 5 febbraio 1986 ([171]).

a) Per quanto concerne la prima di queste circolari — indirizzata al pari della seconda agli uffici legislativi dei Ministeri deputati a redigere gli schemi dei disegni di legge governativi, e a suo tempo accolta con vivo interesse dalla

---

([170]) Avente ad oggetto i "Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", in *Gazz. Uff.,* Suppl. ord. n. 22 del 23 gennaio 1994.

([171]) Avente ad oggetto i "Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contrawenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali", in *Gazz. Uff.,* Serie generale n. 64 del 18 marzo 1986.

dottrina [172]— merita subito di essere sottolineato come i principi e criteri direttivi in tema di sanzioni introdotti dalle recenti leggi comunitarie si pongano, in linea di massima, in una prospettiva di ideale continuità rispetto ai *criteri per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative* indicati nella suddetta circolare.

Come noto, i criteri in questione sono fondamentalmente due: quello di proporzione e quello di sussidiarietà.

In base al *criterio di proporzione*, nell'ambito del "doppio binario" sanzione penale/sanzione amministrativa, la prima di tali sanzioni dovrebbe essere riservata agli illeciti di maggior gravità. Più precisamente, il ricorso alla sanzione criminale andrebbe circoscritto agli illeciti contraddistinti da un più elevato disvalore, valutabile alla luce del rango dell'interesse tutelato e della gravità dell'offesa [173].

In base poi al *criterio di sussidiarietà*, la sanzione penale dovrebbe essere prevista solo per le violazioni in relazione alle quali la sanzione amministrativa non presenti una efficacia maggiore od uguale. Fermo restando che l'indagine sul livello di efficacia dei due diversi tipi di sanzione va ovviamente effettuata prendendo in considerazione la loro complessiva disciplina sostanziale e processuale, rapportata al tipo di illecito da colpire [174].

È appena il caso di ricordare che, sebbene la circolare del 1983 non sia riuscita a modificare più di tanto il *rnodus operandi* degli uffici legislativi dei Ministeri, l'intrinseca bontà dei criteri da essa prescelti non sembra contestabile, e risulta confermata dall'esperienza comparatistica. In effetti, pur in presenza di concezioni punitivo-preventive tutt'altro che uniformi all'interno

---

(172) Cfr., per tutti, DOLCINI, Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 589 ss.; LATTANZI, Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni *modali* in una circolare della Presidenza del Consiglio, in Foro it., 1985, V, p. 251 ss.; PADOVANI, La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo *l'esperienza* italiana, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 952 ss.; ID., La scelta tra sanzioni penali e amministrative e la circolare 19 dicembre 1983, in Riv. giur. pol. loc., 1984, p. 21 ss.; PALAZZO, I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, in Indice pen., 1986, p. 35 ss. In argomento cfr. altresì, da ultimo, FIANDACA, Controllo di razionalitù e legislazione penale, in Diritto penale, controllo di razionalitù e garanzie del cittadino, a cura di M. Basciu, Padova, 1998, p. 157 ss.

(173) In questa accezione, il principio di proporzione assume quindi sfumature diverse da quelle che caratterizzano il principio comunitario di proporzione di cui supra, sub par. 3, lett. b). Principio, quest'ultimo, come detto concepito nella prospettiva garantista della "stretta necessità" delle conseguenze sfavorevoli, e dunque per molti versi affine al principio di sussidiarietà della sanzione penale.

(174) "La utilizzazione congiunta dei due criteri di proporzione e di sussidiarietà comporta che la sanzione amministrativa possa porsi come unica soluzione legittima anche in rapporto a fatti per i quali la sanzione penale, sebbene *proporzionata*, appaia però meno efficace di quella amministrativa" PALAZZO, I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, cit., p. 52.

del generale panorama europeo, i due suddetti criteri sono ormai considerati da larga parte della dottrina continentale i cardini su cui dovrebbe poggiare una politica criminale razionale, attenta a valorizzare la funzione preventiva della sanzione nelle sue diverse componenti ([175]).

Orbene, tutto ciò premesso, non appare difficile comprendere perché i principi direttivi in materia sanzionatoria previsti dalle leggi comunitarie risultano in sintonia coi criteri di proporzione e di sussidiarietà recepiti dalla circolare ([176]). E invero, come a suo tempo sottolineato ([177]), il "principio di necessità" della risposta punitiva fatto proprio dalle recenti leggi comunitarie risulta chiaramente improntato all'idea del minor sacrificio, in base alla quale ogni sanzione trova giustificazione solo in caso di una sua indispensabilità sul piano preventivo; idea, questa, sottesa anche al criterio di sussidiarietà, in base al quale a parità di efficacia preventiva deve essere privilegiato il ricorso alla sanzione amministrativa, in quanto intrinsecamente meno afflittiva di quella penale.

Parallelamente, i principi delle leggi comunitarie concernenti sia la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, sia la comminatoria alternativa o cumulativa dell'arresto e dell'ammenda, sia infine la determinazione dei compassi edittali relativi alle singole fattispecie, altro non fanno se non riproporre e specificare i contenuti del criterio di proporzione, così come enucleato dalla circolare del 1983.

La simmetria riscontrabile tra i criteri suggeriti dalla circolare del 1983 e i principi direttivi inscritti nelle leggi comunitarie rafforzano indubbiamente la convinzione che questi ultimi non risultino criticabili tanto per le concezioni di fondo da essi espresse, quanto semmai per l'ambigua formu-

---

([175]) Ciò non significa, owiamente, escludere che i criteri in questione possano risultare di difficile applicazione, data l'intrinseca opinabilità del criterio di proporzione, e data soprattutto la difficoltà di sottoporre il criterio di sussidiarietà a verifiche empiriche. Più specificamente, il primo di tali criteri presenta i ben conosciuti limiti peculiari della teoria del bene giuridico (cfr., tra gli altri, PAGLIARO, in Bene giuridico e *riforma della* parte speciale, a cura di A. Stile, Napoli, 1985, p. 321; STILE, Prefazione, ivi, p. IX): primi fra tutti, la difficoltà nella individuazione degli interessi di rango primario e della loro mutevole fisionomia . Quanto poi al criterio di sussidiarietà, oltre alla evidente complessità di una valutazione del grado di efficacia dei diversi modelli sanzionatori in relazione alle singole fattispecie, non sembra da sottovalutare il rischio che la eventuale maggior efficacia della sanzione amminist ativa possa in futuro essere perseguita modificandone l'attuale disciplina, nel senso di un progressivo allontanamento dai principi garantistici propri della sanzione penale.

([176]) Cfr., al riguardo, gli spunti di PALAZZO, Diritto penale, in Giuristi e legislatori, Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto, a cura di P. Grossi, Biblioteca " Per la storia *del* pensiero giuridico moderno", n. 50, Milano, 1997, pp. 335 ss. e 352 in *fine*.

([177]) Cfr., supra, sub par. 9, lett. b).

lazione di taluni dei loro corollari ([178]), ovvero per la scarsa vincolatività di taluni dei loro enunciati ([179]): vale a dire per la loro parziale inattitudine a consentire il puntuale rispetto dei criteri di proporzione e di sussidiarietà nei singoli casi concreti.

b) È importante comunque sottolineare che i principi direttivi in materia sanzionatoria previsti dalle recenti leggi comunitarie non dovrebbero limitarsi a risultare in sintonia coi criteri per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative di cui alla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983. In realtà, i suddetti principi direttivi dovrebbero altresì informarsi ai criteri dettati da un'altra, assai significativa circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, concepita col preciso scopo di realizzare una ulteriore tappa nel processo di razionalizzazione delle opzioni legislative in materia sanzionatoria. Si allude alla già ricordata circolare 5 febbraio 1986, la quale contiene nella sua prima parte i criteri direttivi per la scelta tra delitti e contrawenzioni; criteri, questi, cui gli organi di produzione normativa si dovrebbero attenere ogniqualvoltal'alternativa tra sanzione amministrativae sanzione penale venga sciolta a favore di quest'ultima.

Ora la circolare in questione, dopo aver sottoposto ad analisi il regime giuridico delle contrawenzioni nei suoi aspetti peculiari rispetto al regime dei delitti ([180]), evidenzia il fatto che solo alcune categorie di illeciti penali presentano caratteristiche intrinseche tali da rendere giustificata nei loro confronti la specifica disciplina contrawenzionale. In questo senso, la circolare evidenzia l'opportunità di configurare come contrawenzioni esclusivamente le violazioni delle norme di carattere preventivo-cautelare dirette a tutelare anticipatamente e indirettamente beni giuridici di importanza primaria (quali la vita, l'integrità fisica, ecc.) ([181]), e le violazioni a norme concernenti la disciplina di attività soggette ad un potere amministrativo ([182]) in vista di uno scopo di pubblico interesse ([183]). E ciò in quanto, per l'appunto, le peculiarità della disciplina contrawenzionale sembrano attagliarsi solo alle suddette categorie di illeciti ([184]).

([178]) Sul punto cfr., ad esempio, *supra*, sub par. 9, in fine.

([179]) Cfr., in particolare, supra, sub par. 10, in fine.

([180]) Come noto, tali aspetti peculiari consistono, segnatamente, nell'esclusione dell'istituto del tentativo e nell'attribuibilità dell'illecito indifferentemente a titolo di dolo o di colpa.

([181]) Si pensi, ad esempio, alle disposizioni relative alla prevenzione antinfortunistica, ambientale, igienico-alimentare.

([182]) Si pensi alle attività per il cui esercizio è necessario un apposito provvedimento abilitativo della pubblica amministrazione.

([183]) Attività di tal fatta sono, ad esempio, quelle relative al commercio, all'industria, ai pubblici spettacoli. ecc.

([184]) Infatti *l'esclusione* del tentativo si giustifica perfettamente sia rispetto alle violazioni di norme a carattere preventivo-cautelare (in quanto tali norme anticipano la tutela di beni primari, per cui non sarebbe opportuna l'ulteriore anticipazione di

Per di più, la circolare del 1986, pur suggerendo di qualificare come contrawenzioni esclusivamente gli illeciti rientranti nelle categorie appena ricordate, evidenzia l'opportunità di punire comunque come delitti (dolosi e colposi) taluni degli illeciti ricompresi nelle due suddette categorie, laddove l'interesse tutelato sia assolutamente primario e le sanzioni contrawenzionali si dimostrino del tutto inidonee ad assicurare una repressione efficace.

Tutto ciò premesso, è facile rilevare come le recenti leggi comunitarie, nell'escludere aprioristicamente il ricorso all'illecito delittuoso in relazione a qualsivoglia violazione delle norme di origine comunitaria, abbiano dimostrato di tenere in ben scarsa considerazione i suggerimenti della circolare in oggetto. Infatti, sebbene il più delle volte le violazioni in questione rientrino proprio nelle due summenzionate categorie di illeciti "a vocazione contravvenzionale" ([185]), non può essere ignorato che, in alcuni casi, le suddette violazioni si configurano come reati di danno (concernenti oltretutto beni di indiscusso rilievo) senz'altro estranei alle medesime categorie; si configurano, cioè, come reati meritevoli di assumere forma delittuosa. Basti pensare, per tutte, alle fattispecie di gestione infedele e di confusione di patrimoni introdotte dal decreto legislativo "Eurosim" ([186]), e successivamente riproposte nel decreto legislativo "Draghi" ([187]). In effetti questi illeciti "per la natura e il rango dell'oggettività giuridica, per la struttura della fattispecie, per la sua

---

tutela offerta dal tentativo) sia rispetto alle violazioni di norme concernenti attività soggette ad un potere amministrativo (in quanto, appunto, soggette al potere amministrativo risultano le effettive attività e non il tentativo di porle in essere). Anche *l'attribuibilità dell'illecito indifferentemente a titolo di dolo o di colpa* si attaglia perfettamente ad entrambe le succitate categorie di violazioni: riguardo alle violazioni di norme a carattere preventivo-cautelare in quanto esse si traducono nell'inosservanza di regole volte a disciplinare attività o situazioni pericolose, inosservanza che appare ugualmente significativa sia essa volontaria o meno; parimenti, rispetto alle violazioni di norme concernenti attività soggette ad un potere amministrativo, è di regola privo di sostanziale differenza il fatto di ignorare deliberatamente oppure per semplice trascuratezza i vincoli posti dal potere amministrativo all'espletamento di talune attività.

([185]) Come noto, infatti, complice il moltiplicarsi delle attività rischiose regolamentate a livello europeo, la disciplina sanzionatoria posta a tutela delle norme di derivazione comunitaria risulta vieppiù ricca di fattispecie di pericolo astratto e di pericolo presunto, ovvero di reati di scopo finalizzati alla salvaguardia di funzioni più che di veri e propri beni giuridici.

([186]) D. lgs. 23 luglio 1996, n. 415. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, cit., p. 538, nt. 87 e p. 550 ss.

([187]) D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Cfr., per tutti, CONTI, *Profili penalistici del testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 554 ss.; MUCCIARELLI, La *tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati nel D. legisl. n. 58 del 1998 (Prima parte)*, in *Studium juris*, 1998, p. 1176 ss. e p.

tipicità oggettivo-soggettiva (188), per l'inevitabile accostamento a modelli tradizionali di delitto contro il patrimonio" (189) mal si prestano ad essere etichettati come contrawenzioni (190). La qual cosa è invece puntualmente accaduta, proprio a causa del divieto (insito nella delega) di ricorrere a fattispecie delittuose (191).

Al riguardo, si potrebbe obiettare che — in virtù dell'inserimento nelle recenti leggi comunitarie del "principio di identità" tra le sanzioni comminate dai testi attuativi di fonti comunitarie e le sanzioni comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee e di pari offensività — nei suddetti testi attuativi sarebbe pur sempre possibile punire come delitti talune violazioni di norme di derivazione comunitaria. Questa eventualità si verificherebbe, come a suo tempo sottolineato (192), laddove appunto nel nostro sistema penale siano rinvenibili delitti dotati di "caratteri fondamentali comuni" e di un analogo livello di disvalore rispetto alle violazioni delle norme di origine comunitaria da assoggettare a sanzione (193).

A tali obiezioni sarebbe tuttavia facile replicare che l'inserimento del "principio di identità" delle sanzioni in una posizione di primato all'interno dei canoni sanzionatori dettati dalle leggi comunitarie non implica affatto l'accoglimento, da parte di queste ultime, dei criteri direttivi per la scelta tra

---

(188) Le fattispecie in questione richiedono infatti la lesione del bene giuridico e la sussistenza del dolo specifico.

(189) FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e conflitto *d'interessi* nella gestione d'impresa. Profili penalistici, cit., p. 553-554.

(190) In questo senso cfr., per tutti, CERASE, Commento *al* d. *lgs.* 23 luglio 1996 n. 415, oit. p. 36; FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici, cit., p. 553 ss.; MUCCIARELLI, La tutela penale *dell'intermediazione* finanziaria e della trasparenza dei mercati nel D. legisl. n. 58 del 1998 (Prima parte), cit., pp. 1176 e 1178.

(191) La dottrina è pressoché concorde nel ritenere che le suddette fattispecie debbano la loro configurazione in forma contrawenzionale proprio al fatto di porsi in attuazione di direttive CE previste nell'allegato B della legge comunitaria 1994. Cfr., per tutti, FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e conflitto *d'interessi* nella gestione d'impresa. Profili penalistici, cit., p. 557 ss.; MUCCIARELLI, *La* tutela penale *dell'intermediazione* finanziaria e della trasparenza dei mercati nel D. legisl. n. 58 del 1998 (Prima parte), cit., p. 1176 ss.

(192) Cfr. supra, sub par. 11.

(193) In questo senso, non si è mancato di osservare, le stesse fattispecie di gestione infedele e di confusione di patrimoni avrebbero potuto essere previste come delitti, ove fosse stato adeguatamente considerato il loro "grado di prossimità" rispetto a talune tradizionali fattispecie delittuose contenute nel codice penale, quali la truffa e l'appropriazione indebita. Cfr. FOFFANI, Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa. *Profili* penalistici, cit., p. 561-562, il quale anche sulla base di una puntuale indagine comparatistica sottolinea come i reati di gestione infedele e di confusione di patrimoni da un lato e di truffa e di appropriazione indebita dall'altro presentino la medesima oggettività giuridica e il medesimo livello di offensività.

delitti e contravvenzioni elaborati dalla circolare del 1986. In primo luogo perché le preesistenti fattispecie, concernenti violazioni "omogenee e di pari offensivita rispetto alle violazioni delle norme di derivazione comunitaria, potrebbero a loro volta non risultare rispettose dei criteri elaborati dalla circolare in questione ([194]), con conseguente inapplicabilità di tali criteri alle suddette violazioni di derivazione comunitaria; in secondo luogo e soprattutto perché, come a suo tempo sottolineato ([195]), in caso di assenza di fattispecie volte **a** colpire violazioni omogenee per contenuto e disvalore alle nuove violazioni di matrice comunitaria, il "principio di identità" delle sanzioni risulta inapplicabile, con conseguente impossibilità per il Governo di dare vita a tipologie delittuose nel rispetto dei criteri previsti dalla circolare del 1986.

Inoltre, in una diversa prospettiva attenta ai problemi di effettività dei canoni sanzionatori introdotti dalle leggi comunitarie, va rilevato che l'eventuale sussistenza, all'interno della normativa nazionale, di fattispecie delittuose volte a punire illeciti per contenuto e disvalore analoghi agli illeciti consistenti nella violazione di norme di fonte comunitaria, non risulta condizione sufficiente a garantire la riconduzione di questi ultimi entro la categoria dei delitti. In effetti (come dimostrato inequivocabilmente proprio dalla awenuta costruzione in chiave contrawenzionale delle fattispecie di gestione infedele e di confusione di patrimoni) il legislatore delegato potrà con relativa facilità sottrarsi ai vincoli impostigli dal "principio di identità" della sanzione. Più precisamente, il principio in questione risulterà lettera morta sia nel caso "fisiologico" in cui il Governo ritenga che tra le violazioni sanzionate in base a norme preesistenti e le nuove violazioni di derivazione comunitaria da sanzionarsi non sussistano i requisiti di omogeneità e pari offensività atti a far scattare il principio in questione; sia nel caso "patologico" in cui tale organo ignori *tout-court* la presenza all'interno dell'ordinamento di fattispecie delittuose volte a colpire illeciti analoghi per contenuto e disvalore ai nuovi illeciti di fonte comunitaria. Oltretutto, in relazione a quest'ultima ipotesi, si è avuto modo a suo tempo di rilevare come, a causa dell'estrema difficoltà di appurare con certezza la sussistenza dei requisiti di omogeneità e pari offensività delle violazioni, risulterà verosimilmente ostico giungere ad una dichiarazione di incostituzionalità delle fattispecie non-delittuose create dal Governo in attuazione di testi comunitari. In altre parole, complice la difficoltà di dimostrare al di là di ogni dubbio la sussistenza all'interno della legislazione nazionale di delitti assai affini per contenuto e disvalore alle suddette fattispecie non-

---

([194]) Eventualità, questa, per nulla improbabile, e non solo limitatamente alle fattispecie introdotte prima del 1986. In effetti, al pari della circolare del 1983 (cfr., supra, sub lett. a), anche la circolare del 1986 non sembra essere riuscita a modificare in misura significativa il *modus operandi* degli uffici legislativi dei Ministeri.

([195]) Cfr., supra, *sub* par. 12, lett. a).

delittuose di creazione governativa, potrebbe rivelarsi di fatto impraticabile perseguire una siffatta equiparazione sanzionatoria attraverso il preliminare ricorso all'attività abrogatrice del giudice delle leggi ([196]).

Si può quindi concludere questa breve indagine sulla conformità dei canoni sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie alle circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri tese alla razionalizzazione delle risposte punitive affermando che tali canoni si pongono quantomeno in tendenziale sintonia con i criteri previsti dalla circolare del 1983 in tema di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, mentre non appaiono altrettanto rispettosi dei criteri accolti nella circolare del 1986 in tema di scelta tra delitti e contravvenzioni.

15. I *canoni sanzionatori sanciti dalle leggi comunitarie annuali e il problema della loro coerenza con i vincoli posti dalla Comunità alle misure punitive nazionali.*

Come sottolineato nella prima parte del precedente paragrafo, un ponderato giudizio sui canoni sanzionatori dettati dalle recenti leggi comunitarie annuali non presuppone solo una puntuale indagine sulla loro congruenza con i criteri direttivi elaborati in ambito nazionale a fini di razionalizzazione degli interventi normativi a carattere preventivo-punitivo; ma presuppone altresì un'attenta verifica della loro congruenza rispetto ai vincoli posti dal diritto comunitario alle scelte punitive nazionali attuative delle direttive e dei regolamenti CE ([197]). Anzi, senza con questo voler certo negare l'esigenza che i canoni sanzionatori previsti dalle leggi comunitarie annuali risultino in armonia coi criteri punitivi di matrice interna, appare indubbio che una importanza ancora maggiore riveste l'accertamento della conformità dei suddetti canoni ai principi di matrice comunitaria. Infatti, mentre i criteri direttivi elaborati dalle circolari ministeriali si prefiggono di influenzare il legislatore italiano ([198]), senza peraltro avere la pretesa di imporsi vincolativamente ad esso ([199]), i principi comunitari di leale cooperazione e di

---

([196]) Cfr., supra, sub par. 11, in *fine.*

([197]) In merito a tali vincoli cfr. supra, sub parr. 1 e 2.

([198]) Rectius, come ricordato al paragrafo precedente, si prefiggono di influenzare gli uffici legislativi dei ministeri, in quanto redattori degli schemi dei disegni di legge governativi.

([199]) Le circolari infatti, essendo collocate al grado più basso della gerarchia delle fonti, e risultando per di più prive di efficacia normativa "esterna", possono solo contenere indicazioni e consigli, la cui autorevolezza discende esclusivamente dalla manifesta "radice costituzionale" di questi ultimi. In altre parole, eventuali testi normativi contenenti disposizioni o principi sanzionatori in contrasto coi criteri direttivi previsti dalle circolari non risultano di per sé illegittimi, salvo dimostrazione della loro manifesta irragionevolezza.

proporzione sviluppati dalla Corte di giustizia (200) non possono essere derogati dagli organi nazionali di produzione normativa (201).

Più precisamente, come a suo tempo ricordato (202), i canoni sanzionatori elaborati dalla legge comunitaria annuale da un lato non debbono confliggere coi principi di fonte comunitaria volti a vincolare la produzione normativa nazionale a contenuto punitivo attuativa delle fonti CE; dall'altro lato dovrebbero risultare più puntuali e determinati rispetto ai suddetti principi comunitari, sino a porsi, talora, come veri e propri elementi specificativi di questi ultimi.

Ciò detto, appare metodologicamente opportuno prendere separatamente in esame le tre diverse categorie di canoni sanzionatori contenuti nelle leggi. 128/1998 e 25/1999 (203), al fine sia di appurare la "conformità comunitaria" di ciascuna di esse sia, eventualmente, di valutare il contributo offerto da tali canoni alla specificazione dei vincoli sanzionatori di matrice comunitaria.

a) Passando dunque al vaglio, innanzitutto, il canone sanzionatorio costituito dal "principio di necessità" della risposta punitiva, e dunque le disposizioni in cui tale principio trova espressione, appare evidente come le disposizioni in oggetto, complessivamente intese, si pongano in tendenziale armonia coi principi comunitari in tema di sanzioni, ed in particolare col relativo principio di proporzione. Infatti, in base all'interpretazione garantista ed equitativa della Corte di giustizia (204), quest'ultimo principio prevede che tanto la normativa comunitaria quanto la normativa interna deputata a darvi attuazione non debbano superare i limiti di ciò che è indispensabile per il conseguimento degli scopi perseguiti, e non debbano quindi comminare

---

(200) Così come le disposizioni, previste in specifici atti comunitari, contenenti puntuali vincoli alle scelte sanzionatorie nazionali in sede di attuazione delle norme CEE. In merito a tali disposizioni e alla loro scarsa frequenza cfr., supra, sub par. 2.

(201) Pena la disapplicazione per illegittimità comunitaria della disciplina sanzionatoria interna eccessivamente severa, con sua conseguente disapplicazione da parte del giudice; owero pena la dichiarazione di non conformità al diritto comunitario della disciplina sanzionatoria interna sproporzionata per difetto, e dunque inefficace. Infatti, in questo caso il giudice risulta impossibilitato ad irrogare quelle sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive" che il legislatore nazionale non ha previsto. In argomento cfr., volendo, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 195 ss.

(202) Cfr. supra, sub par. 4.

(203) Categorie nelle quali trovano espressione, rispettivamente, i principi di "necessita, "proporzione", e "identità')della risposta punitiva.

(204) In una prospettiva più generale, che prescinde dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli strettissimi rapporti esistenti tra principio di proporzione e principio di necessità della sanzione vengono talora sottolineati dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza. Sul punto cfr. eventualmente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, Sulle funzioni dei principi di diritto penale, in Annali *dell'Università di Ferrara* — Scienze Giuridiche, vol. VI, 1992, p. 68.

sanzioni più severe del necessario (205). In questo senso, l'unico vero appunto che può essere mosso alle disposizioni in esame è quello — peraltro già rilevato anche in sede parlamentare — di non aver adeguatamente esplicitato all'interno del principio di stretta necessità della sanzione il corollario della *extrema* ratio dell'intervento penale (206); corollario che comunque — come a suo tempo sottolineato — può essere desunto in via interpretativa da tali disposizioni.

Una ulteriore osservazione merita poi l'inciso iniziale dell'art. 2 comma 1 lett. *c*) della legge comunitaria, anch'esso ispirato al "principio di necessità" della risposta punitiva. Inciso in base al quale, per non favorire una indiscriminata proliferazione di n o m e punitive, in sede di attuazione sanzionatoria dei testi comunitari deve essere privilegiato il ricorso alle norme penali già vigenti. Posto che tale inciso tende più a circoscrivere il numero delle fattispecie penali che non a limitare l'entità delle relative sanzioni, non è da escludere il rischio che ricondurre all'interno di fattispecie preesistenti talune violazioni della normativa CE possa favorire l'applicazione di sanzioni di entità superiore allo stretto indispensabile. In tale problematica ipotesi, il principio comunitario di proporzione-stretta necessità sembrerebbe imporre al giudice nazionale la disapplicazione della norma penale previgente rispetto alle violazioni delle normativa CE da essa sanzionata, quanto meno nei casi in cui la pena edittale prevista risulti irrimediabilmente sproporzionata per eccesso (207).

Viceversa, nei casi in cui solo la parte superiore del compasso edittale si riveli in contrasto col principio comunitario di proporzione-stretta necessità (208), secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia spetterà al giudice penale nazionale autolimitare il proprio potere discrezionale in vista dell'applicazione di una pena conforme alle esigenze di proporzione sanzionatoria fatte proprie dal diritto comunitario (209). Fermo restando che una coatta compressione della discrezionalità commisurativa del giudice nei pressi del minimo edittale (210) comporta un'evidente alterazione dei meccanismi

---

(205) Cfr. supra, sub par. 3, in fine.

(206) Cfr. quanto osservato supra, sub par. 9, lett. b), in *fine*.

(207) Sul punto cfr. BERNARDI, "Principi di *diritto" e* diritto penale europeo, cit., p. 201 ss.; ID, *La* tutela penale *dell'ambiente* in Italia: prospettive nazionali e *comunitarie*, cit., p. 121 ss.

(208) Owero, laddove vi sia previsione alternativa di pena detentiva e pecuniaria, nei casi in cui solo la pena detentiva si ponga in contrasto col suddetto principio.

(209) Cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (Sagulo), in Racc., 1977, p. 1507. In base a tale pronuncia, "qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione".

(210) Un'analoga compressione della discrezionalità commisurativa può essere ottenuta, in caso di comminatoria congiunta di pena detentiva e pena pecuniaria, attraverso la preclusione del ricorso alla pena detentiva.

commisurativi previsti dall'art. 133 c.p., e dunque risulta indiscutibilmente venata di problematicità.

b) Quanto ai canoni sanzionatori attraverso i quali le leggi 12811998 e 25/1999 determinano i limiti tipologici e quantitativi delle sanzioni comminabili dal Governo in attuazione degli obblighi di derivazione "europea", un esame della loro conformità ai principi comunitari può essere in questa sede solo abbozzato. Si è infatti a suo tempo ricordato come i suddetti canoni, tesi a dare corpo al generalissimo principio di proporzione della risposta punitiva, si articolino in una nutrita serie di disposizioni concernenti in primo luogo l'individuazione delle opzioni punitive consentite al Governo in relazione d'insieme delle violazioni di derivazione comunitaria, ed in secondo luogo l'enucleazione dei parametri tramite i quali tale organo è chiamato a stabilire i compassi edittali delle singole fattispecie astratte.

Ora, ciascuna delle disposizioni in questione presenta profili particolari, contraddistinti da una loro più o meno decisa consonanza coi principi comunitari di proporzione e di stretta necessità della sanzione, dei quali le suddette disposizioni dovrebbero verosimilmente costituire momenti di specificazione.

In ogni caso, sembra legittimo affermare che *sia* la disposizione volta a circoscrivere il ricorso alla sanzione penale nei casi di aggressione ai prioritari interessi generali dell'ordinamento, *sia* quella tesa a predeterminare i limiti minimi e massimi di pena comminabili per le sanzioni amministrative e penali, *sia* quella finalizzata a limitare l'ammissibilità della comminatoria congiunta di arresto e ammenda ai soli casi di realizzazione di "un danno di particolare gravità", *sia* infine le stesse disposizioni "speciali" in tema di comminatoria edittale previste dall'art. 171. 128/1998 e dall'art. 20 1.2511995 possono essere considerate tutte in sintonia col principio comunitario di proporzione-stretta necessità della sanzione. Non solo: è possibile altresì sostenere che le disposizioni in questione, nell'individuare i limiti di pena adeguati a colpire — a parere del legislatore delegato — ogni possibile violazione delle disposizioni contenute nelle direttive da attuare e nei regolamenti vigenti ([211]), costituiscono (o quanto meno ambiscono a costituire) veri e propri momenti specificativi del suddetto principio.

Senonché — è bene sottolinearlo — il principio comunitario di proporzione della sanzione, pur inglobando il principio di stretta necessità, non si esaurisce certo in quest'ultimo, presentando al contrario ulteriori profili destinati a porlo in relazione sinergica con altri principi CE. In particolare, il principio comunitario di proporzione si collega anche al principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE, che tra l'altro impone agli Stati di colpire

---

([211]) Fatto sempre salvo l'eventuale ricorso, per talune delle suddette violazioni, a sanzioni qualitativamente e quantitativamente differenti, laddove possa trovare applicazione il "principio di identità" della sanzione.

le violazioni del diritto comunitario con sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive ([212]). Ora, sembra quantomeno dubbio che le disposizioni delle leggi comunitarie volte a dettare i limiti qualitativi e quantitativi delle sanzioni comminabili dal Governo possano ben armonizzarsi col principio comunitario di proporzione-leale cooperazione. Più esplicitamente, non sembra azzardato ritenere che le leggi comunitaria annuali, escludendo l'utilizzazione di figure delittuose da parte del legislatore, possano porsi in conflitto col versante "funzionale" del principio di proporzione espressivo delle istanze di effettività-dissuasività della sanzione. Appare invero quantomeno legittimo avanzare dubbi circa il fatto che attraverso il ricorso esclusivo a fattispecie penali contrawenzionali possa essere adeguatamente "segnalato" l'effettivo disvalore di talune gravi violazioni di fonte comunitaria e possa essere perseguita la funzione preventivo-intimidativa della sanzione; funzione, questa, attualmente minata alla radice dai meccanismi indulgenziali e prescrizionali peculiari delle contravvenzioni.

Certamente, più in linea col principio CE di proporzione nei suoi diversi corollari (stretta necessità ed effettività-dissuasività)appaiono le disposizioni delle recenti leggi comunitarie annuali volte a specificare i parametri attraverso i quali individuare i limiti edittali adeguati alle singole fattispecie astratte. In base a tali disposizioni, come si ricorderà, all'interno dei minimi e massimi di pena consentiti in relazione a tutte le norme punitive, i singoli compassi edittali vanno determinati tenendo conto delle potenzialità lesive insite in ciascuna fattispecie astratta, nelle qualità personali del colpevole e nel vantaggio patrimoniale che quest'ultimo può ricavare dalla commissione del fatto illecito ([213]).

Ora, è interessante rilevare come il contenuto delle disposizioni in questione ben si armonizzi con i criteri richiamati nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia al fine di valutare la conformità al principio comunitario di proporzionalità delle scelte punitive nazionali. In particolare, la Corte ha indicato, quali prioritari criteri, quello della natura (o, se si preferisce, del disvalore) dell'illecito ([214]) e quello della pericolosità dell'autore ([215]). Inoltre la Corte di giustizia e gli stessi organi normativi comunitari si sono dimostrati da sempre assai attenti al problema della dissuasività delle sanzioni, nazionali owero comunitarie. Dissuasività perseguita dai suddetti

---

([212]) Cfr. supra, sub par. 3, lett. a1).

([213]) Cfr. supra, sub par. 10, lett. b).

([214]) Cfr., per tutte, sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76 (*Donckerwolcke*), in Racc., 1976, p. 1939; sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Sagulo*), in Racc., 1977, p. 1509.

([215]) Cfr., per tutte, sent. 26 febbraio 1975, causa 67/74 (Bonsignore), in Racc., 1975, p 306; sent. 27 ottobre 1977, causa 30/77 (Regina), in Racc., 1977, p. 2015; sent. 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81 (Adoui e *Cornuaille*), in Racc., 1982, p. 1712.

organi anche attraverso una oculata determinazione dell'ammontare economico della pena (in caso di sanzioni comunitarie) o comunque attraverso una continua sottolineatura dell'importanza della relativa quantificazione monetaria (in caso di sanzioni nazionali a carattere pecuniario), in modo da scoraggiare le attività illecite rendendole controproducenti sul piano economico ([216]).

Come si può vedere, quindi, in merito al problema relativo alla deterrninazione delle singole entità edittali della sanzione, le disposizioni previste dalle recenti leggi 12811998 e 2511999 collidono in larga misura con gli orientamenti comunitari in materia. Una eventuale valutazione negativa di tali disposizioni non potrà fondarsi, dunque, su una loro dubbia conciliabilità coi principi CE, ma semmai sul loro modesto apporto "specificativo" rispetto a questi ultimi, e in definitiva sulla loro inattitudine a vincolare significativamente la discrezionalità del Governo nella fase di commisurazione delle pene edittali previste dalle singole fattispecie attuative di fonti CE ([217]).

c) Poche parole, infine, circa la conformità ai principi CE del terzo canone sanzionatorio previsto dalle recenti leggi comunitarie annuali; dal canone, cioè, volto a sancire l'obbligo per il Governo di colpire le violazioni delle norme di derivazione comunitaria con sanzioni identiche a quelle previste da fattispecie preesistenti concernenti violazioni '(omogenee e di pari offensività".

Appare infatti evidente che il suddetto '(principio di identità" delle sanzioni si pone in perfetta sintonia col criterio di "assimilazione sanzionatoria" elaborato dalla Corte di giustizia in sede di interpretazione del principio di leale cooperazione previsto dall'art. 10 TCE; criterio in base al quale, come si ricorderà ([218]), le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei singoli Paesi membri in modo analogo rispetto alle violazioni del diritto interno simili per natura e importanza.

Resta comunque da stabilire se tale *sintonia* si traduca in una *assoluta*

([216]) Per quanto concerne la giurisprudenza comunitaria cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sent. 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103 /80 (Musique diffusion *française*), in Racc., 1983, p. 1952 ss. Per quanto concerne poi la normativa comunitaria cfr. da ultimo, relativamente alle sanzioni comunitarie, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dellhrticolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dellhrticolo 65, paragrafo *5 del* trattato CECA (98/C 9/03) in GUCE C9 del 14 gennaio 1998, p. 3 ss.; Libro bianco sulla *modernizzazione* delle *norme* per lhpplicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, in GUCE C132 del 12 maggio 1999, p. 29 ss. Relativamente alle sanzioni nazionali cfr., in particolare, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul molo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nellhmbito del Mercato interno, COM(95) 162 *final* (Bruxelles 3 maggio 1995), in particolare p. 2 del testo dattiloscritto.

([217]) In merito all'inattitudine delle disposizioni in questione a canalizzare efficacemente le scelte sanzionatone del Governo cfr. supra, sub par. 10, lett. b).

([218]) Cfr. supra, sub par. 3, lett. *a2*).

equivalenza, owero se, rispetto al criterio di assimilazione sanzionatoria sviluppato dalla Corte di giustizia, il "principio di identità" delle sanzioni previsto dalle leggi comunitarie annuali si connoti per una maggiore specificità, e dunque per un maggior coefficiente di vincolatività. Naturalmente, la risposta a tale interrogativo è condizionata dal concreto contenuto di volta in volta attribuito al criterio comunitario di assimilazione sanzionatoria. Infatti, come in precedenza accennato ([219]), secondo una parte della dottrina il criterio in questione imporrebbe la previsione di sanzioni in tutto e per tutto uguali per gli illeciti nazionali e comunitari di natura e importanza analoghe: con la conseguenza che le leggi comunitarie annuali non apporterebbero nessun ulteriore vincolo sanzionatorio al Governo, già costretto dalla CE ad adottare, "per assimilazione", le medesime soluzioni punitive in precedenza operate dagli organi interni di produzione normativa in caso di violazioni equivalenti per caratteristiche e gravità.

Tuttavia, può senz'altro considerarsi prevalente la tesi in base alla quale il suddetto criterio comunitario di assimilazione sanzionatoria — lungi dal pretendere da parte degli Stati membri l'adozione di comminatorie edittali "fotocopia" — si limiterebbe a precludere ai Paesi in questione di comminare risposte punitive "significativamente diverse" rispetto a tali categorie di violazioni. In questa prospettiva, quindi, il '(principio di identità" delle sanzioni sancito dalle leggi 128/1998 e 2511999 risulterebbe ulteriormente specificativo rispetto al criterio di assimilazione. Ciò, quantomeno, laddove nell'ambito delle leggi comunitarie annuali il concetto di "identità delle sanzioni" venga riferito sia al genus di queste ultime, sia anche al loro *quantum* ([220]), così da imporre il ricorso a sanzioni non solo analoghe, ma pienamente coincidenti.

d) L'analisi "in parallelo" sin qui effettuata tra i canoni previsti dalle leggi 128/1998 e 2511999 in tema di sanzioni e i canoni sanzionatori insiti nel principio comunitario di proporzione-stretta necessità e in quello di leale cooperazione nei suoi diversi criteri-corollario consente di porre in luce una generalizzata, tendenziale consonanza tra i primi ed i secondi, macchiata però da alcuni momenti di possibile tensione tra di essi.

Occorre comunque riconoscere che i più gravi problemi di coordinamento tra i canoni sanzionatori di fonte interna ed i corrispondenti principi/criteri di fonte comunitaria or ora ricordati non riguardano tanto i loro rispettivi contenuti, quanto piuttosto, per così dire, la gerarchia riscontrabile all'interno dei primi da un lato e all'interno dei secondi dall'altro. In particolare, si è visto a suo tempo come, nell'ambito delle succitate leggi 128/1998 e 25/1999, il "principio di identità" delle sanzioni prevalga senz'altro sui canoni sanzionatori ispirati al principio di proporzionalità. Per contro, in

---

([219]) Cfr. *supra, sub* par. **3,** lett. *a2),* nt. 41.
([220]) Sul punto cfr., diffusamente, *sub* par. 11 lett. a).

ambito comunitario, pur in assenza di precisazioni al riguardo da parte della Corte di giustizia, tutto lascia pensare che in seno al principio di leale cooperazione il criterio di assimilazione sanzionatoria sia destinato a soccombere di fronte a1 criterio "proporzionalistico" di effettività-dissuasività. Anche se, ovviamente, ciò dovrebbe avvenire solo nei casi (auspicabilmente poco frequenti) in cui i suddetti criteri finiscano per risultare inconciliabili; vale a dire nei casi in cui la preesistente disciplina sanzionatoria nazionale da recepire "in via di assimilazione') si dimostri non sufficientemente dissuasiva, cosicché il suo eventuale utilizzo a fini di attuazione sanzionatoria delle norme di derivazione comunitaria si tradurrebbe in una insufficiente tutela di queste ultime ([221]).

Il verosimile primato in ambito comunitario del criterio "proporzionalistico" di effettività-dissuasività sul criterio di assimilazione sanzionatoria si spiega, per l'appunto, con l'esigenza di garantire una tutela effettiva dei precetti di derivazione comunitaria anche laddove ai precetti di analogo tenore preesistenti all'interno dell'ordinamento nazionale non sia garantita una tutela efficacemente dissuasiva. Viceversa, riconoscere il primato del secondo di tali criteri sul primo comporterebbe, nel caso in cui i precetti preesistenti di contenuto analogo fossero tutelati in modo inadeguato, trasferire automaticamente tale inadeguatezza di tutela ai precetti di derivazione comunitaria. A ciò si aggiunga — in caso di prevalenza del criterio di assimilazione sanzionatoria — la ulteriore nota negativa rappresentata dalla frammentazione su scala nazionale del grado di tutela dei precetti in questione. Frammentazione resa, in questo caso, particolarmente palese e intollerabile in quanto rispetto ad essa non verrebbe ad aversi nemmeno quella forma minimale di armonizzazione punitiva riscontrabile nel caso in cui le risposte sanzionatorie nazionali volte a colpire le violazioni di obblighi comunitari, ancorché non coincidenti da uno Stato all'altro, risultino perlomeno tutte conformi al principio "proporzionalistico" di effettività-dissuasività.

Per quanto sin qui esposto, si può concludere affermando che la prevalenza accordata sempre e comunque dalle leggi 128/1998 e 2511999 al

---

([221]) Circa le eventuali difficoltà di coordinamento, nell'ambito del principio di leale cooperazione, tra il criterio di assimilazione e il criterio "proporzionalistico" di efficacia-dissuasione cfr., diffusamente, 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, *Profili* di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale *agroalimentare,* in Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare (atti del Convegno "A. Carrozza"), Milano, 1999, p. 124 ss. In una prospettiva diversa ma convergente, rispetto alle sanzioni comunitarie adombra il primato del c. d. criterio di "omogeneizzazione" sul criterio di assimilazione PISANESCHI, Le sanzioni amministrative comunitarie, Padova, 1998, p., 163.

"principio di identità" delle sanzioni rispetto ai canoni espressivi del principio di proporzione della risposta punitiva costituisce una scelta infelice, destinata a confliggere in alcuni casi con l'esigenza, prioritaria in sede CE, di assoggettare le violazioni degli obblighi comunitari a sanzioni effettive, congrue e dissuasive, cioè non inadeguate per difetto.

Si è tuttavia visto come — a causa della difficoltà per il Governo sia di stabilire quando le violazioni da confrontare risultino "omogenee e parimenti offensive" (222), sia prima ancore di conoscere con esattezza la magmatica legislazione complementare penale e penal-amministrativa previgente volta a colpire le violazioni analoghe per contenuto e disvalore a quelle verificabili in relazione alla normativa comunitaria da attuare (223) — nella prassi i canoni sanzionatori d'impronta proporzionalistica tendano a prevalere sul principio di "identità della sanzione".

Ora, sebbene in precedenza sia stato osservato che la mancata utilizzazione di quest'ultimo principio può talora determinare (e di fatto ha determinato) il ricorso a scelte punitive contraddittorie e disfunzionali (224), non può nemmeno escludersi che in taluni casi l'inconsapevole aggiramento del "principio di identità" delle sanzioni (225) possa sortire un effetto almeno in parte positivo. Ciò avverrebbe, per l'appunto, laddove le violazioni della normativa di fonte comunitaria vengano affrancate da una disciplina punitiva in ipotesi del tutto inadeguata (ancorché prevista da norme interne preesistenti concernenti violazioni "omogenee e di pari offensività"), per essere assoggettate dal Governo a risposte sanzionatorie più congrue (seppure, owiamente, circoscritte entro gli ambiti tipologici e quantitativi imposti dai canoni a sfondo proporzionalistico di cui alle leggi comunitarie) (226).

Al di là di ogni ulteriore considerazione, resta comunque la difficoltà di trovare, in ambito nazionale ed in ambito comunitario, una soluzione uniforme in ordine al problema costituito dai rapporti gerarchici esistenti tra il principio di identità/assimilazione delle sanzioni ed i canoni/criteri punitivi a sfondo proporzionalistico. Infatti appare logico che, mentre in

---

(222) Cfr., supra, *sub* par. 11, lett. b).

(223) Cfr., *supra, sub* par. 14, lett. b), *in fine.*

(224) Cfr., *supra, sub* par. 14, nt. 186 ss.

(225) Inconsapevole in quanto, per l'appunto, dovuto all'ignoranza da parte del Governo del complessivo quadro sanzionatorio vigente.

(226) Naturalmente l'ipotesi qui prospettata, pur consentendo di prevedere una risposta punitiva adeguata alla tutela dei precetti di derivazione comunitaria, presenterebbe anche taluni difetti. In primo luogo, come già ricordato (cfr. *supra, sub* par. 11, nt. 148), essa risulterebbe almeno potenzialmente esposta a censure di incostituzionalità per mancato rispetto del principio di identità sanzionatoria previsto dalla legge delega; in secondo luogo, essa comporta owiamente una irragionevole differenziazione sul piano sanzionatorio tra le fattispecie attuative delle fonti comunitarie e le fattispecie preesistenti.

ambito nazionale prevalga l'esigenza di coerenza interna del sistema espressa dal "principio di identità" delle sanzioni, in ambito comunitario venga privilegiato invece il principio "proporzionalistico" di effettività-dissuasione, l'unico in grado di attenuare le differenze sanzionatorie riscontrabili da uno Stato all'altro, garantendo al contempo alla normativa CE una tutela sufficientemente efficace su scala europea ([227]).

16. Considerazioni conclusive.

Al temine di questa analisi dei criteri e principi direttivi in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998, si impongono alcune brevi considerazioni conclusive.

Certamente, l'estesissimo ambito d'operatività attribuito ai canoni sanzionatori generali previsti dalle recenti leggi comunitarie mal si concilia con l'esigenza di conferire a tali canoni significatività e pregnanza.

Peraltro, una volta scartata l'ipotesi di dare vita ad una gamma di criteri e principi sanzionatori speciali dawero ampia e articolata ([228]), si potrebbe essere indotti a ritenere che al Parlamento residui, quale scelta pressoché obbligata, quella di conferire una notevole vaghezza ai relativi canoni generali. Solo in tal modo, infatti, verrebbe attribuito al Governo quel tasso di discrezionalità necessario al varo di soluzioni preventivo-repressive assai variegate, in vista della costruzione di fattispecie le più diverse sul piano tanto dei beni giuridici quanto delle modalità di aggressione. Ove per contro il legislatore volesse drasticamente comprimere il quadro delle scelte punitive lasciate al Governo, i canoni sanzionatori all'uopo creati finirebbero verosimilmente per non risultare rispondenti ai bisogni di tutela propri di larga parte dei testi comunitari destinati a ricevere attuazione.

In ogni caso, l'indagine sui diversi canoni sanzionatori generali volta a volta espressivi dei principi di "necessità", '(proporzionalità" e "identità" delle risposte punitive ha posto in luce come le leggi comunitarie annuali abbiano, per così dire, optato per una soluzione intermedia tra quella della estrema vaghezza e quella della rigorosa tassatività dei canoni in questione. In medio stat virtus, si dice: senonché taluni dei criteri e principi in tema di sanzioni varati dalle recenti leggi comunitarie, pur pregevoli sotto alcuni aspetti, non risultano immuni da pecche. In effetti, nel corso della trattazione si è avuto modo di verificare come talvolta detti criteri e principi suscitino dubbi

---

([227]) Cfr., in argomento, BERNARDI, Profili di incidenza del diritto comunitario *sul* diritto penale agroalimentare, cit., p. 124 ss.

([228]) Gamma, questa, che presenterebbe il vantaggio di garantire una ottimale attuazione di tutti gli atti o gruppi di atti CE dotati di esigenze punitive non pienamente soddisfatte dai canoni sanzionatori generali,

interpretativi, ovvero si rivelino eccessivamente generici (229), ovvero ancora dimostrino una scarsa attitudine a consentire l'efficace salvaguardia di alcune delle più significative norme di derivazione comunitaria (230). A ciò si aggiunga la loro parziale distonia vuoi con i criteri di fonte nazionale volti a favorire la razionalità delle soluzioni punitive (231), vuoi con i principi comunitari destinati a vincolare le scelte sanzionatorie dei Paesi membri in sede di attuazione del diritto "europeo" (232).

Non sembra quindi azzardato ritenere che i canoni sanzionatori contenuti nelle leggi comunitarie possano esporsi, quantomeno in taluni casi, a censure tanto sotto il profilo costituzionale, per l'irragionevolezza delle soluzioni imposte, quanto sotto il profilo comunitario, per violazione dei principi CE di proporzione e/o leale cooperazione.

I problemi più gravi sollevati dai suddetti canoni sanzionatori attengono comunque al principio della riserva di legge. Né potrebbe essere diversamente, stante il ruolo tuttora defilato del nostro Parlamento in sede di attuazione delle fonti CE. In effetti, nonostante le riforme anche recentissime tese a valorizzare l'attività legislativa non solo nella fase ascendente, ma anche in quella discendente del processo normativo comunitario, per tutte le ragioni ricordate nel corso del paragrafo 7 l'esame del disegno di legge comunitaria annuale da parte delle Camere finisce col rimanere superficiale e inadeguato (233). Del resto, il ruolo prioritario del Governo in sede di elaborazione e attuazione delle politiche comunitarie così come, per altro verso, la contestuale esigenza che la legge comunitaria rispetti la cadenza annuale, contribuiscono indubbiamente a mantenere alto il rischio che l'approvazione di tale testo normativo degradi a mero adempimento formale (234), e dunque spiegano benissimo l'assoluta preferenza accordata dal legislatore alla delega legislativa (235) e alle diverse forme di attuazione da parte dell'organo amministrativo. Preferenza che, in taluni casi, sembra persino prescindere dal "naturale" criterio discretivo tra attuazione diretta e attuazione delegata fondato sulla complessità della relativa normativa di

---

(229) Cfr., ad esempio, supra, sub par. 10, lett. b).

(230) In particolare, delle norme volte a impedire la lesione di beni giuridici di rango primario, in vista della cui tutela parrebbe congruo il ricorso a sanzioni, detentive e pecuniarie, di carattere delittuoso.

(231) Cfr., supra, sub par. 14.

(232) Cfr., supra, sub par. 15,

(233) Cfr., per tutti, CARTABIA, L'ordinamento italiano e la Comunità europea, cit., p. 124.

(234) Al riguardo, risultano ancora in buona misura attuali i rilievi di CANNIZZARO, *La* legge comunitaria per il *1990* e *il d.d.l.* per il *1991,* cit., p. 227.

(235) Tanto più in un periodo come quello attuale, caratterizzato come si sa dalla generale tendenza a privilegiare al massimo il ricorso alla suddetta delega.

adeguamento (236); ovvero che, secondo una diversa tesi, finisce con lo sfruttare in senso tendenzialmente unilaterale l'alternativa "neutra" offerta dalla legge "La Pergola" tra queste due forme di attuazione (237).

In definitiva, riducendo al minimo l'attività di adempimento diretto (238), delineando canoni sanzionatori generali talora scarsamente pregnanti, limitando al massimo la previsione di canoni sanzionatori speciali ritagliati sulle peculiari esigenze preventivo-repressive di singoli atti o gruppi di atti CE, il Parlamento finisce con lo svolgere un ruolo di mero trait *d'union* tra le fonti normative comunitarie (ritenute a tutt'oggi, sia pure nell'ambito di un generale contesto istituzionale in mutamento, tendenzialmente carenti di una piena legittimazione democratica) (239) e lo stesso esecutivo nazionale (anch'esso, ovviamente, carente di tale legittimazione). Questo ruolo riduttivo del Parlamento risulta evidente non solo rispetto ai precetti (i quali per il carattere prevalentemente dettagliato delle loro direttive d'origine, owero addirittura per il fatto di essere contenuti in regolamenti CE, appaiono assai spesso votati a vanificare, o ad escludere in radice, ogni controllo legislativo nella fase di attuazione); ma anche rispetto alla relativa disciplina sanzionatoria, per la quale i vincoli di matrice comunitaria risultano, invero, meno pressanti. Il risultato è costituito, sempre e comunque, dall'evaporazione della voiuntas Zegis, in quanto ad una norma precettiva di fonte essenzialmente amministrativa si aggiunge una norma sanzionatoria rispetto alla quale il reale contributo del Parlamento nazionale è minimo, mentre massimo risulta l'apporto del Governo e delle burocrazie di settore (240). Senza dubbio, questa situazione di complessiva "carenza di legalità" viene poi ulteriormente aggravata dal fatto che le leggi comunitarie, a partire da quella del 1993, prevedono la delega per l'emanazione di decreti correttivi ed integrativi (241). In tal modo, infatti, i decreti "principali" varati in prima battuta possono venire modificati a più riprese ed anche profondamente,

---

(236) In base a tale criterio, accolto da larga parte della dottrina e menzionato anche da talune relazioni di accompagnamento ai disegni di legge comunitaria annuale, l'attuazione diretta andrebbe prescelta solo nei casi in cui l'adattamento all'ordinamento comunitario si limiti a richiedere l'introduzione di nuove previsioni a carattere elementare. Sul punto cfr., per tutti, MASTROIANNI, La *legge* comunitaria per il 1993, cit., c. 352.

(237) Ritiene che la legge "la Pergola" ponga "un'alternativa 'neutra' tra attuazione diretta e attuazione demandata all'organo amministrativo" TESAURO, Procedura di adeguamento *al* diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi, cit., p. 387.

(238) Cfr., da ultimo, SCIAUDONE, Legge comunitaria 1998 — Limitato il ricorso *all'applicazione* diretta, in Il Sole 24 ore — Guida al diritto, 27 febbraio 1999, n. 8, p. 38.

(239) In argomento cfr., supra, sub par. 2, nt. 18.

(240) Cfr., al riguardo, sia pure con riferimento ad un contesto normativo parzialmente mutato, MORISI, L'attuazione delle direttive *Ce* in Italia, cit., p. 46 ss.

(241) Cfr., limitatamente alla l. 12811998, l'art. 1 commi 4 ss.; nonché, limitatamente alla l. 2511999 1998, l'art. 1 comma 5.

purché "nel rispetto dei principi e criteri direttivi" fissati dalla stessa legge comunitaria. All'evidenza, l'inserimento nella legge comunitaria di una espressa clausola di abilitazione al varo di decreti correttivi e integrativi implica il rischio di una nuova forma di legislazione precaria e prowisoria (242), e di un ulteriore sbilanciamento, particolarmente problematico in materia penale, dei rapporti tra Parlamento e Governo a favore di quest'ultimo nell'esercizio della funzione legislativa (243).

Non deve tuttavia sorprendere se oggi, in un contesto generale caratterizzato da una dibattito vivace e aperto ai più diversi esiti sulla crisi della legalità e sui mezzi per risolverla, i criteri e principi direttivi in tema di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie annuali si offrono a chiavi di lettura e prese di posizione le più diverse; prese di posizione dirette ora ad evidenziare l'esigenza di ricondurre i processi di attuazione del diritto CE in ambito penale e penal-amministrativoentro lo stretto solco della riserva di legge formale, ora a sottolineare la difficoltà, l'inutilità o addirittura la dannosità di un tale tentativo.

Accade così che, ove si aderisca tuttora all'idea illuministico-liberale secondo la quale la legge parlamentare costituisce il "supremo mezzo di tutela delle libertà" (244), i suddetti canoni sanzionatori tendono inevitabilmente ad essere visti come vaghi criteri guida in odore di sciatteria (245), destinati ad assolvere il ruolo della classica foglia di fico, incapace di occultare la genesi sostanzialmente amministrativa delle scelte sanzionatorie, anche penali, poste a tutela delle norme CE e dei relativi testi di attuazione. In questa prospettiva, la modesta significatività dei canoni sanzionatori in questione concorrerebbe a mortificare il ruolo riservato alle Camere sia *in sede penale* sia *in sede di adeguamento al diritto comunitario*. Infatti il

---

(242) E questo, a prescindere dalle eventuali ragioni sottostanti all'utilizzo della clausola in questione. Per una valorizzazione in chiave funzionalistica -della delega ad emanare decreti correttivi ed integrativi cfr., in generale e da ultimo, BIN, PITRUZZELLA, *Lezioni* di diritto costituzionale, Torino, in corso di pubblicazione.

(243) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, CARTABIA, I decreti legislativi" integrativi e *correttivi":* il paradosso delléffettività,in Rass. *parlam.,* 1997, p. 45 ss. e p. 83, nonché con specifico riferimento alle leggi comunitarie, p. 56, nt. 20. Cfr. altresì LUPO, Deleghe e decreti legislativi *"correttivi":* esperienze, problemi, prospettive, Milano, 1996; con specifico riferimento alle leggi comunitarie ID., *La* legge comunitaria annuale: uno strumento da ripensare?, in Gazz. giur. *Giuffrè,* — Italia Oggi, n. 20 del 1996, p. 4 ss.; PATRONO, *Utilizzo* "rinnovato" della delega legislativa, in Dir. *soc.,* 1980 p. 662 ss.; in prospettiva strettamente penale, DOLCINI, Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 15; MARINUCCI, DOLCINI, Corso di diritto penale. 1 — *Le* fonti. *Il* reato: nozione, struttura e sistematica, cit., p. 159.

(244) Cfr., da ultimo, MARINUCCI, DOLCINI, *op. ult. cit.,* p. 150. Cfr., altresì, *supra,* sub. par. 5, nt. 37.

(245) Cfr., in particolare, DOLCINI, *Principi* costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, cit., pp. 14-15.

ricorso a canoni siffatti vanificherebbe, con specifico riferimento *al* momento punitivo, il generale rilancio della funzione parlamentare operato — quantomeno in linea teorica — proprio dalla legge "La Pergola" (246).

Per contro, specie ove ci si adatti a pensare che il fenomeno dell'integrazione sovranazionale postula una cessione continua e tendenzialmente permanente di competenze e poteri dal legislatore nazionale a organi comunitari e nazionali carenti di legittimazione democratica (247), può essere accettato il criterio di riparto delle competenze sanzionatorie delineato dalle recenti leggi comunitarie annuali, pur nella consapevolezza delle sue carenze e dell'immensa discrezionalità lasciata al potere esecutivo. Questa accettazione potrebbe poi essere ulteriormente favorita da taluni fattori a carattere, volta a volta, teorico o fattuale. Si pensi, in specie, alla convinzione — per vero largamente condivisa — dell'assenza di "decisive controindicazioni" atte a giustificare la preclusione del ricorso ai decreti legislativi in materia penal (248); alla presa di coscienza dell'attuale carattere atecnico, caotico e inconcludente del processo legislativo, che rischia di vanificare la maggior garanzia offerta in linea di principio dal Parlamento (249); alla constatazione che i canoni sanzionatori dettati dalle recenti leggi comunitarie, in quanto espressione (ancorché imperfetta) di modelli razionali di criminalizzazione, costituiscono pur sempre "uno dei massimi storici di legislazione dottrinaria" (250).

Ciò nondimeno, nella prospettiva di un progressivo miglioramento dei meccanismi d'attuazione degli atti comunitari (251), non sembrano inattingibili soluzioni capaci di innalzare il complessivo tasso di legalità dei suddetti meccanismi, senza per questo produrre un eccessivo appesantimento dei processi interni di produzione nomativa.

---

(246) Il recupero delle funzioni del Parlamento ad opera della 1. 8611989 è sottolineato, in particolare, da CARTABIA, *L'ordinamento* italiano e la Comunità europea, cit., p. 122; MASTROIANNI, La legge comunitaria per il 1993, cit., c. 351; PREDIERI, Prefazione. Una legge comunitaria nello Stato prefederativo, in MORISI, L'attuazione delle direttive Ce in Italia, cit., p. XXXI.

(247) Cfr. per tutti e da ultimo, con specifico riferimento agli organi comunitari, gli spunti di BENAZZO, Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, in particolare p. 875. Cfr. altresì, in prospettiva comparatistica e con riferimento agli organi nazionali, PEREZ TREMPS, Il rafforzamento *dell'Esecutivo* quale conseguenza della integrazione nella Comunità europea: il caso spagnolo, in *Riv.* it. dir. pubbl. com., 1991, p. 691 ss.

(248) Cfr. ad esempio, nella più recente letteratura, GALLO, Appunti di diritto penale, vol. I, *La* legge penale, Torino, 1999, p. 50.

(249) Cfr., specificamente, CARACCIOLI, Manuale di diritto penale, Padova, 1998, p. 18

(250) PALAZZO, Diritto penale, cit., p. 352.

(251) In argomento cfr., in generale e da ultimo, le relazioni presentate al Convegno su "L'Europa in Italia. Verso nuovi strumenti di attuazione delle normative comunitarie", organizzato dal Ministero per le politiche comunitarie (Roma, 25 marzo 1999).

Qui ci si limiterà ad accennare sinteticamente a tre diverse soluzioni, elencate in ordine progressivo di complessità. La prima, già ventilata all'inizio di questo paragrafo conclusivo, comporterebbe "soltanto" l'introduzione di una più ricca gamma di criteri e principi sanzionatori speciali, in modo da garantire una attuazione delle fonti CE che tenga conto delle loro peculiari necessità a livello preventivo-repressivo. potrebbero venire così soddisfatte anche le esigenze punitive di quelle fonti comunitarie rispetto alle quali i canoni sanzionatori sia generali sia speciali sino ad oggi elaborati non appaiono in grado di fornire soluzioni soddisfacenti.

La seconda soluzione prevederebbe un ricorso intensificato (seppure non esclusivo) al meccanismo dell'attuazione diretta, cui conseguirebbe un almeno parziale riequilibrio tra i poteri dello Stato (252), a tutto vantaggio del principio di legalità (253) . In effetti, una volta conclusa la fase di urgenza che ha contraddistinto la "messa a regime" della legge comunitaria e dei relativi meccanismi (254), non sembrerebbero sussistere significativi ostacoli ad una siffatta rivalutazione del ruolo del Parlamento, idonea a compensare in parte il *deficit* democratico derivante dal progressivo trasferimento di competenze normative alla Comunità.

La terza ed ultima soluzione, a carattere spiccatamente riformistico, presupporrebbe appunto una generale modifica del sistema di adeguamento al diritto comunitario eleborato dalla legge "La Pergola"; modifica consistente nella disaggregazione del contenuto della legge comunitaria in una serie di leggi comunitarie settoriali volte a disciplinare materie omogenee (255). Tale soluzione consentirebbe di recepire in modo più attento e pronto la normativa CE, e in particolare permettebbe di redigere criteri e principi direttivi generali in materia sanzionatoria meglio calibrati sul contenuto dei testi cui dare attuazione.

---

(252) Cfr. già, per tutti e con varietà di sfumature, MASTROIANNI, La legge comunitaria per il 1993, cit., c. 355; MENGOZZI, Un nuovo ruolo per le regioni nel processo di integrazione europea in vista del 1993, in Riv. dir. eur., 1990, p. 33 ss.; nonché, da ultimo e in prospettiva penalistica, DOLCINI, Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio, cit., p. 15.

(253) In questa ottica, e specialmente in materia sanzionatoria, si potrebbe addirittura concepire la legge comunitaria annuale come uno strumento residuale, finalizzato ad eseguire solo quegli atti comunitari che nel relativo anno non siano stati attuati in via legislativa. Al riguardo cfr., in particolare, MASTROIANNI, La legge comunitaria per il 1993, cit., c. 360.

(254) Cfr., con specifico riferimento alla prima legge comunitaria, MAZZONI HONORATI, Commento *all'art. 3* l. 9 marzo 1989, n. 86, in Riv. it. dir. *pubbl.* com., 1991, p. 565.

(255) In senso favorevole ad una soluzione siffatta cfr. la proposta dei senatori PAOLI e PERLINGERI, in Atti Senato, XII Legislatura, 1ª Commissione, 13 giugno 1995; nonché LUPO, La legge comunitaria annuale: uno strumento da ripensare?, in *Gazz.* giur. Giuffrè, — Italia Oggi, n. 20 del 1996, p. 5.

17. Postilla.

Quando il presente lavoro era già in bozze, è stata promulgata la l. 21 dicembre 1999, n. 526 "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — legge comunitaria 1999".

Approvata finalmente entro l'anno di riferimento, la legge in questione presenta una sostanziale omogeneità rispetto alle precedenti leggi comunitarie annuali; omogeneità che si manifesta anche limitatamente ad alcuni aspetti delle stesse oggetto di costante critica: si pensi, ad esempio, all'oltremodo limitato ricorso al meccanismo dell'attuazione diretta, utilizzato questa volta per una sola direttiva.

In taluni punti, tuttavia, la recente legge comunitaria contiene innovazioni di un certo rilievo, specie laddove introduce delle modifiche alla legge La Pergola tese a migliorare l'azione di indirizzo e controllo del Parlamento nella fase formativa degli atti comunitari. In particolare, ai sensi dell'art. 24 modificativo dell'art. 7 comma 1 1. 8611989, la relazione annuale al Parlamento sulla partecipazione dell'Italia al processo norrnativo comunitario sarà presentata non già dal Ministro per le politiche comunitarie, ma dall'intero Governo.

Per quanto specificamente concerne i criteri e i principi direttivi generali in materia sanzionatoria (indicati all'art. 2, comma 1 lett. *c* e in seguito richiamati dall'art. 3, comma 3, dall'art. 5 comma 2 e forse, implicitamente, dall'art. 11, comma 6) essi ricalcano, essenzialmente, quelli contenuti nelle leggi comunitarie 1995-1997 e 1998, a lungo analizzati nel corso del presente lavoro. Merita peraltro di essere segnalato che, con riferimento ai canoni concernenti i tipi di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di fonte comunitaria in base ai beni/interessi aggrediti, è stato eliminato il richiamo in via esemplificativa agli artt. 34 e 35 della 1. 24 novembre 1981, n. 689; richiamo che, del resto, è stato in queste pagine criticato per la sua formulazione assai infelice, e dunque per le incertezze interpretative da esso originate (cfr. supra, sub par. 10, lett. a). Merita altresì di essere ricordato che, per quanto specificamente concerne i tipi di sanzioni penali applicabili, è stata inserita una clausola che fa "salva la previsione delle sanzioni alternative o sostitutive della pena detentiva di cui all'art. 10, comma 1, lett. a) della legge 25 giugno 1999, n. 205"; clausola peraltro priva di qualsiasi portata pratica, in quanto la delega contenuta nel suddetto articolo 10 non è stata esercitata dal Governo nel previsto termine di otto mesi.

Le più significative novità previste dalla legge comunitaria 1999 in materia sanzionatoria sembrerebbero comunque quelle contenute nell'art. 5, comma 4. In base a tale norma "Nello stesso termine di cui al comma 1, e con le modalità di cui ai commi 2 e 3, il Governo è delegato ad emanare disposizioni per il riordino del sistema sanzionatorio penale ed

amministrativo per le violazioni in danno del bilancio dell'Unione europea, conformemente ai principi e alle indicazioni contenute nella Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee approvata a Bruxelles il 26 luglio 1995, nonché adeguate norme di coordinamento ed armonizzazione, per assicurare, in base ai principi della legge 24 novembre 1981, n. 689, e del regolamento (CE/Euratom) n. 2988195 del Consiglio del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari della Comunità, la piena applicabilità nell'ordinamento nazionale delle sanzioni amministrative previste dai regolamenti comunitari". La delega a varare entro due anni decreti legislativi volti a perseguire sia l'armonizzazione delle risposte punitive nazionali in tema di frodi comunitarie (cfr. artt. 1 ss. della suddetta Convenzione 26 luglio 1995, in GUCE C316, p. 49 ss.) sia l'efficace utilizzazione in ambito interno delle sanzioni comunitarie (in merito alle quali cfr. *supra, sub* par. 2) costituisce, infatti, un'ulteriore conferma dell'inarrestabile processo di rawicinamento ed "europeizzazione" dei sistemi punitivi dei Paesi CE.

ABSTRACT

This essay aims to clarify the problematic connections between the principle of legality (*nullum crimen* nulla poena *sine* lege) and the italian rules of law intended to prevent and punish infringements of EC law.

For this purpose, after examining the role played by the italian legislator within the different phases of the EC law making-process, the attention is focused on the principles and the guiding standards regarding sanction provided by the national annual law implementing EC rules ("legge *comunitaria*").

In particular, the principles of "necessity", of "proportionality" and of "identity", whom punitive reactions ensuring EC previsions' implementqation must fit to, are analysed. This analysis enables to recognized both the positives and negatives of the aforesaid principles.

As a matter of fact, the negative do not only concern the topic of legality, but they are also due to the lack of coherence that, sometimes, may be found between the principles in matter and the limitations imposed by European Community to national punitive options.

Some brief suggestions in order to improve the punitive means of EC law's enforcement are given in the last section of the essay.

Questo saggio mira a porre in luce i problematici rapporti esistenti tra il principio di lagalità-riserva di legge e le fonti normative italiane dirette a prevenire e punire penalmente le violazioni del diritto comunitario.

A tal fine, dopo un esame del ruolo svolto dal legislatore italiano nelle fasi ascendente e discendente del processo di produzione dei testi di diritto comunitario derivato, vengono analizzati i principi e criteri direttivi in materia di sanzioni previsti dalle leggi comunitarie annuali.

In particolare, lo studio dei principi di "necessità" di "proporzionalità" e di "identità" delle risposte punitive volte ad offrire tutela alla normativa comunitaria consente di porre in luce sia i pregi dei suddetti principi sia i loro difetti. Difetti che, per vero, non concernono solo il tema della legalità, ma che discendono anche dalla talora dubbia coerenza riscontrabile tra i principi in questione e i vincoli posti dalla Comunità alle scelte punitive nazionali.

Alcune sintetiche proposte *de iure condendo* in vista del miglioramento dei meccanismi d'attuazione sanzionatoria degli atti comunitari concludono il lavoro.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

ALESSANDRO BERNARDI

I REATI DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE (*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Modelli "deboli" e modelli "forti" di giudice onorario nel quadro delle sue cangianti competenze penali. — **3.** La competenza penale del giudice di pace nei progetti di fine anni '80 e nella legge istitutiva 37411991. — 4. L'attuale elenco dei reati di competenza del giudice di pace e la loro duplice fonte. — 5. I delitti codicistici attribuiti alla competenza del giudice di pace. — *6*. Le contrawenzioni codicistiche in elenco. — 7. I principi e criteri direttivi per la determinazione delle fattispecie extra codicem demandate alla competenza del giudice di pace. Gli effetti iperselettivi derivanti dalla loro operatività congiunta. — 8. L'interpretazione in chiave estensiva dei principi e criteri direttivi da parte del legislatore delegato. — 9. Su taluni specifici problemi affrontati dal legislatore delegato per la selezione delle fattispecie penali devolute alla cognizione del giudice di pace. — 10. Note in margine al catalogo delle fattispecie penali "accessorie" previsto dall'art. 4 d.lgs. 27412000. — 11. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Nell'ambito della nuova disciplina del giudice di pace — volta indubbiamente a valorizzare la figura del giudice non professionale attribuendo ad esso una competenza estesa anche alla materia penale — la questione relativa alla scelta dei reati da attribuire alla sua cognizione assume una posizione di assoluta centralità, per una serie di ragioni qui elencate senza pretese di completezza e sistematicità.

a) La prima ragione si ricollega al fatto che la vera natura di ogni organo giurisdizionale deve esprimersi e riflettersi nelle sue competenze (1).

(*) Relazione svolta nell'ambito del Convegno di studi su "La competenza penale del giudice di pace" (Firenze, *20-21* ottobre *2000)*.

(1) Da ultimo, sottolinea la profonda interdipendenza esistente tra la figura del giudice di pace e il catalogo di reati ad esso attribuiti PAPA, *La* competenza penale del

In questo senso, l'individuazione delle fattispecie assegnate al giudice di pace dovrebbe consentire di focalizzare il modello di magistrato onorario che — tra i moltissimi ipotizzabili in materia penale ed effettivamente proposti nel corso di più di un quarto di secolo — è stato infine recepito (2).

b) Una seconda ragione, in qualche modo complementare e speculare alla prima, attiene all'analisi dei profili professionali del giudice di pace. In effetti, solo una volta effettuata la cernita dei reati sui quali tale giudice è chiamato a pronunciarsi, può essere valutata l'adeguatezza o meno dei requisiti ad esso richiesti e dei relativi criteri di nomina (3). Se è vero, infatti, che attribuire una competenza penale al giudice onorario può significare anche, in ipotesi, voler privilegiare una giustizia realmente efficace seppure "con qualche margine di opinabilità" (4) rispetto ad una giustizia meno efficiente per carenza di organico sebbene presumibilmente più ferrata da un punto di vista tecnico, è anche vero che la giustizia, per essere tale, non può prescindere da operatori del diritto realmente idonei a svolgere i compiti loro affidati; compiti che possono risultare significativamente differenti,

---

giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice, in Dir. pen. proc., par. 3, in corso di pubblicazione.

(2) Sui *diversi modelli di giudice di pace* sinora *presi in considerazione dagli organi di produzione normativa, e sulle relative competenze penali cfr., per tutti,* BRANCACCIO, *La competenza penale del giudice onorario e del giudice monocratico, in Rass. mag., 1977, p.* 156 *ss.; CAPPONI, La competenza penale del giudice di pace, in Doc. Giust., 1992,* c. *929 ss. ID., I "modelli" di giudice di pace dalla legge istitutiva ad oggi, in I giudici di pace. Storia, comparazione, riforma, a cura di Moccia, Atti del Convegno di Macerata del 17 giugno 1995, Milano, 1996, p. 43 ss.; CARBONI, Le iniziative legislative in materia di giudice di pace, in Doc. Giustizia, 1989, n.* 10/11, c. *55 ss.; CHIARLONI, Un giudice di pace per la pace dei giudici, in Il giudice di pace, suppl. al n.* 3/ *1989 di Dem. dir., p. 11 ss.; CONSOLO, La collocazione nell'istituzione giudiziaria italiana del nuovo giudice di pace, in L'accesso alla giustizia e il giudice di pace negli ordinamenti europei, Milano, 1993, p. 123 ss.; CONTI, MACCHIA, Aspetti processuali per un giudice di pace in materia penale, in Doc. giustizia, 1989, n. 11-12,* c. *115 ss.; CRESPI, Il giudice onorario in materia penale nei progetti di riforma dell'ordinamento giudiziario, in Riv. dir. proc., 1977, p. 287 ss.; DENTI, Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile, in Riv. dir. proc., 1978, p. 614;* PIZZORUSSO, *Giudice onorario e giudice monocratico nel progetto ministeriale e nelle prospettive di attuazione costituzionale, in Riv. dir. proc., 1977, p. 260 ss.;* VIGORITI, *A favore del giudice onorario elettivo: spunti e proposte per una riforma, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, p. 357 ss.*

(3) *Cfr. sul punto, i rilievi di* GROSSO, *La competenza penale, in Il giudice di pace, suppl. al n. 311989 di Dem. dir., p. 108. Da ultimo,* più *in generale e con varietà di accenti, SACCHETTINI, Dietro il "soccorso" dei magistrati onorari le incognite dei mezzi e della professionalità, in Guida al diritto, 2000, n. 38, p. 90 ss.; PETRELLI, Per il successo della competenza penale il giudice di pace scommette sulla conciliazione, in Guida al diritto, 2000, n. 40, p. 10-11.*

(4) *NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — c) la competenza penale, in Dir. pen. proc., 2000, p. 162.*

specie sul piano delle conoscenze specialistiche richieste, a seconda delle tipologie di reato considerate (5).

c) Una ulteriore ragione, d'ordine funzionale, evidentemente connessa alla precedente, discende dal fatto che l'esame dell'insieme dei reati devoluti alla cognizione del giudice di pace appare strettamente correlata a una valutazione della congruità dei meccanismi processuali previsti in relazione a tale organo giurisdizionale e degli strumenti sanzionatori messigli a disposizione; meccanismi e strumenti che, invero, sembrano attagliarsi solo a specifiche categorie di illeciti penali (6).

d) Una quarta ragione rimanda ai profili *lato sensu* di effettività della nuova disciplina del giudice di pace in materia penale. L'esame del catalogo di reati affidati alla competenza del giudice in questione dovrebbe infatti consentire di prevedere — sia pure con inevitabili margini di approssimazione — la reale incidenza di quest'ultimo sul complessivo sistema della giustizia penale, cioè la sua attitudine ad un effettivo alleggerimento del carico di lavoro dei giudici togati e al complessivo miglioramento del processo penale (7).

e) Vi è infine un'ultima ragione sulla quale può essere opportuno soffermarsi. Non va infatti taciuto che — lo si voglia o no — le attribuzioni del giudice di pace in ambito "criminale" corrono, o comunque rischiano di correre, lungo lo strettissimo crinale che separa la competenza penale da

---

(5) In questa prospettiva, secondo taluni lasciano comunque ben sperare le nuove procedure di nomina del giudice di pace, incentrate su un corso-concorso atto a vagliare la effettiva capacità di giudizio dei candidati. Cfr., al riguardo, GENOVESE, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — b) Le *modifiche* alla l. n. 374 del *1991,* in Dir. pen proc., 2000, p. 150 ss. In ordine ai miglioramenti realizzati dalla 1. 46811999 in merito alla formazione di tale organo giudicante cfr. altresì PETRELLI, Per il successo della competenza penale il giudice di pace scommette sulla conciliazione, cit., p. 10; SCALFATI, Primi rilievi *sull'attribuzione* della competenza penale al giudice di pace, in Giur. it., 2000, p. 229 ss., nt. 17. In termini disincantati e più o meno marcatamente pessimistici cfr., peraltro, GIARDA, Il giudice di pace, una sperimentazione per il momento in funzione ancillare, in La competenza penale del giudice di pace, Milano, 2000, p. 7 ss.; SACCHETTINI, Dietro il 'Soccorso" dei magistrati *onorari* le incognite dei mezzi e della professionalità, cit., p. 91.

(6) Sul punto cfr., diffusamente e per tutti, DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, in Foro it., 2000, V, c. 317 ss.; GIUNTA, La competenza penale del giudice di pace. *Profili* sostanziali, in Studium *Juris,* par. 3, in corso di pubblicazione.

(7) In merito alla riduzione del complessivo impegno dei giudici professionali connessa all'introduzione del giudice di pace cfr., per tutti e con varietà di accenti, PISA, Un diritto penale mite, in *La* competenza penale del giudice di pace, cit., p. 15 ss.; SCALFATI, Primi rilievi sullhttribuzione della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 228; RIGANO, L'umministrazione della giustizia nella *Costituzione,* in *Pol.* dir., 1999, p. 9 ss.; NAPPI, Giudice di pace e giudice unico di primo grado. Due progetti contraddittori?, in *Gazz. giur.,* 1998, n. 13, p. 1 ss.

quella amministrativa ([8]). Tant'è vero che, all'epoca della legge istitutiva 374/1991, una parte della dottrina aveva sottolineato l'opportunità di ricavare la lista dei reati da attribuirsi a tale nuovo organo muovendo proprio dagli elenchi di reati proposti per la depenalizzazione e non depenalizzati ([9]). Del resto, anche di recente, nel corso dei lavori parlamentari relativi alla legge delega in materia di competenza penale del giudice di pace, veniva insistentemente proposta la devoluzione a tale organo di reati poi espulsi di li a pochi mesi ([10]) dall'area del penalmente rilevante ([11]). In questa prospettiva, ben si comprende allora come il catalogo delle fattispecie demandate al giudice di pace, ove non redatto sulla base di criteri rispondenti a ben precise, razionali scelte politico-criminali, potrebbe contribuire ad affievolire la distinzione d'ordine sostanziale tra illecito penale e illecito amministrativo ([12]); distinzione per vero già venutasi attenuando a seguito dei recenti interventi legislativi che, nel depenalizzare fatti anche di non modesta gravità, hanno previsto in relazione ad essi l'irrogazione di sanzioni amministrative (principali e soprattutto accessorie) caratterizzate da un livello di afflittività elevato ([13]) e dunque, per così dire, a sfondo para-penale ([14]).

([8]) Sulle strette connessioni tra il problema dei limiti della competenza penale del giudice di pace e il tema della depenalizzazione cfr. già, esemplificativamente, GROSSO, La competenza penale, cit., p. 110. Da ultimo, sottolinea le convergenze esistenti sotto il profilo "funzionale" tra la scelta di dilatare la competenza sanzionatoria dell'amministrazione e la scelta di attribuire competenza penale a un giudice non professionale TONINI, *La* nuova competenza penale del giudice di pace: *un'alternativa* alla depenalizzazione?, in Dir pen. proc., 2000, p. 929 ss.

([9]) Cfr. CHIARLONI, *Le riforme* del processo civile, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, p, 1078.

([10]) Cioè a seguito del d.lgs. 50711999.

([11]) Si pensi, ad esempio, ai reati di cui agli artt. 654, 663, 663*bis,* 664, 666, 688, 692 724,725 c.p. Cfr., al riguardo, Atti parlamentari — Senato della Repubblica — *XIII* Legislatura, 548ª seduta pubblica, 17 febbraio 1999, p. 96 e 98.

([12]) Per taluni spunti al riguardo cfr. DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 322 ss.

([13]) Circa gli elevati livelli di afflittività connessi, in particolare, alle sanzioni amministrative accessorie cfr., ad esempio, Relazione al decreto legislativo *507/1999,* in Guida al diritto, Dossier mensile, n. 11, dicembre 1999, p. 80-81. Occorre tuttavia riconoscere come il presumibile, macroscopico coefficiente di ineffettività che contraddistingue in molti casi la risposta sanzionatoria a carattere amministrativo rischi di rendere tale afflittività un dato puramente teorico. Cfr. al riguardo, per tutti e con varietà di accenti, AMENDOLA, Il diritto penale e la tutela della salute, in Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela, a cura di De Acutis, Palombarini, Padova, 1984, p. 442; BERNARDI, Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia, in Indice penale, par. 11, in corso di pubblicazione, PADOVANI, La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di *riforma:* il problema della comminatoria edittale, cit., p. 432; MANTOVANI, Le "Modifiche al sistema *penale"* del 1981: risultati e indicazioni di una ricerca empirica, in Indice pen, 1986, p. 445 ss.

([14]) Come noto, proprio per consentire che anche le sanzioni punitive non penali, ove connotate da un elevato livello di severità, siano applicate nel rispetto delle

In effetti, stando così le cose, l'introduzione di sanzioni penali estremamente blande applicabili dal giudice di pace in relazione a tutti i reati affidati alla sua giurisdizione (15) potrebbe essere vista come destinata ad annacquare ulteriormente la suddetta distinzione (16); così come del resto, per altro verso, tali sanzioni penali — in quanto sottratte all'elenco di cui all'art. 17 c. p. — avrebbero secondo taluni ulteriormente favorito la crisi del criterio distintivo tra delitti e contrawenzioni (17). In questo senso, l'eventualità che tramite l'attribuzione di una competenza penale al giudice di pace si venga ad inquinare la "separatezza" tra illecito penale e illecito amministrativo potrebbe essere neutralizzata solo attraverso l'individuazione di un catalogo di fattispecie penali dotate di caratteristiche tali da valorizzare, in chiave preventiva, le potenzialità e le peculiarità di tale giudice (18). Un breve esame

---

fondamentali garanzie previste in ambito penale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Strasburgo ha affermato con decisione che al riguardo "le indicazioni fornite dal diritto interno dello Stato convenuto hanno solo un valore relativo" (per tutte e da ultimo, Corte, 2 settembre 1998, *Lauko c.* Slovenia, Raccolta, 1998, par. 57) ed ha elaborato e perfezionato tutta una serie di criteri di riqualificazione dell'illecito che consentono in molti casi di superare l'ostacolo costituito dalla forrnale configurazione di quest'ultimo in chiave non-penale. In argomento cfr., in particolare, *La matière* penale au sens de la Convention européenne des droit de *l'homme, flou* du droit pénal, a cura del Groupe de recherche Droits de *l'homme* et logiques *juridiques* diretto da DELMAS-MARTY, in Rev. sc. *crim.*, 1987, p. 824 ss.

(15) Sulla complessiva mitezza dell'apparato sanzionatorio previsto in relazione ai reati devoluti alla competenza del giudice di pace cfr. Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, in Dir. giust., 2000, n. 31, p. 69. In dottrina cfr., per tutti, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, in *La* competenza penale del giudice di pace, cit., p. 43; GIUNTA, Le sanzioni, in [??], a cura di Giostra e Illumunati, Torino, 2001, par. 1, in corso di pubblicazione; PISA, *Un* diritto penale mite, cit., p. 17 ss.; TONINI, *La* nuova competenza penale del giudice di pace: *un'alternativa* alla depenalizzazione?, cit., p. 931.

(16) E questo, nonostante che l'art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 sul giudice di pace penale preveda, diversamente da quanto avviene in ambito amministrativo, la possibilità per tale giudice di irrogare sanzioni penali direttamente incidenti sulla libertà personale quali la pena della permanenza domiciliare e quella del lavoro di pubblica utilità.

(17) Cfr. BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 48; ZAGREBELSKY, *La* competenza penale *del* giudice di pace — Solo un piccolo catalogo di reati supera *la* porta stretta della delega, in Dir. giust., 2000, n. 31, p. 5. Al riguardo cfr., tuttavia, le precisazioni di GIUNTA, Le sanzioni, cit., par. 2.

(18) Per altro verso, in una prospettiva circoscritta al solo sistema penale, la collocazione delle fattispecie demandate alla competenza del giudice di pace all'interno di un catalogo razionalmente fondato e tendenzialmente omogeneo sotto il profilo criminologico potrebbe prevenire (o comunque limitare al massimo) i dubbi di incostituzionalità connessi alla presunta irragionevolezza di talune inclusioni o esclusioni da detto catalogo. Sottolinea come sul piano costituzionale l'attenuazione della risposta punitiva derivante dall'attribuzione dell'illecito alla competenza del giudice di pace debbano trovare una giustificazione ragionevole sul piano dei nessi logici esistenti tra tipologie di reati, meccanismi processuali e strumenti punitivi, DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 323.

delle vicende storiche di quella che è stata recentemente definita "la 'lunga marcia' verso la competenza penale del giudice di pace" ([19]) potrà forse chiarire tale affermazione.

2. *Modelli "deboli" e modelli "forti" di giudice di pace nel quadro delle sue cangianti competenze penali.*

Certamente, il rischio di confondere tra loro la risposta sanzionatoria a carattere penale e quella a carattere amministrativo non veniva escluso — ma semmai rafforzato — da alcuni dei progetti in tema di giudice di pace presentati sino alla fine degli anni ottanta, ed in particolare dal progetto n. 3575 presentato il 26 gennaio 1989 (c. d. progetto Vairo) nell'ambito del quale erano demandati alla competenza di tale giudice i delitti e le contrawenzioni puniti con la sola pena pecuniaria e le contrawenzioni punite con pene alternative ([20]).

Come si vede, in base ai suddetti progetti i reati affidati al giudice di pace tendevano in qualche misura a investire fattispecie affini o addirittura coincidenti (beninteso, sotto il profilo della pena edittale) con quelle depenalizzate dalla 1. 689/1981. Alla competenza del nuovo giudice venivano dunque demandati, in definitiva, illeciti penali il cui denominatore comune era essenzialmente costituito dalla loro ridotta gravità, oltretutto criticabilmente desunta in base al solo parametro "formale" del tipo di sanzione ([21]). Tutto ciò, indubbiamente, da un lato rafforzava i profili di "minorità" del giudice di pace ([22]), dall'altro attenuava gli specifici connotati "criminali" degli illeciti devoluti alla sua cognizione.

Ma l'introduzione di un giudice penale onorario non comporta esclusivamente il rischio di una confusione concettuale tra illecito penale e illecito amministrativo. Ad esempio, rischi del tutto diversi erano connessi al cd.

([19]) NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c)* la competenza penale, cit., p. 160.

([20]) Tuttavia, in deroga al criterio fondato sul tipo di pena, il progetto Vairo precisava che erano esclusi dalla competenza del giudice di pace i reati di cui alle leggi finanziarie e all'art. 650 c.p., mentre risultavano inclusi i delitti previsti negli artt. 594 e 595 comma 1° c.p. Sul punto cfr., in particolare, MARZADURI, L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace, in Cass. pen., 1992, p. 2241.

([21]) In argomento cfr., per tutti, le osservazioni di GROSSO, La competenza penale, cit., p. 109.

([22]) Sul giudice di pace come mero "giudice ricettacolo" della controversie bagatellari cfr., per tutti, CHIARLONI, Un giudice di pace per la pace dei giudici, cit., p. 13 ss.; GIARDA, Giudice elettivo e giudice *monocratico* di prima istanza: due proposte di riforma poco convincenti, in Critica *giudiz.*, 1977, p. 51 ss.; PROTO PISANI, Perplessità sul giudice onorario, in Dir. e giur, 1980, p. 53 ss.

modello "forte" di giudice di pace ([23]), nominato elettivamente e pensato — a partire dall'inizio degli anni settanta — nella prospettiva di legittimare democraticamente un organo giudicante in linea tendenziale contrapposto alla tradizionale magistratura professionale, considerata lontana dai bisogni e dalle istanze emergenti dal corpo sociale ([24]). Come si sa, infatti, la competenza attribuita a questo modello di "supergiudice laico" non risultava circoscritta a talune forme di criminalità minore, ma concerneva piuttosto particolari forme di criminalità "emergenti" e incidenti sulla vita della comunità sociale nella sua dimensione territoriale (si pensi, in particolare, ai reati in materia di ambiente, di salute dei consumatori, di infortuni sul lavoro, di correttezza dell'inforrnazione) ([25]). In questo caso, all'evidenza, i rischi connessi a tale scelta politico-criminale risiedevano — oltreché nel ben noto pericolo di perdita di indipendenza e autonomia dell'organo giudicante a causa della "politicizzazione delle nomine" ([26]) — nella sproporzione tra la complessità dei compiti affidati nelle intenzioni al giudice di pace di investitura democratica e le sue competenze "tecniche"; competenze che invero, secondo i fautori di tale modello di giudice, potevano essere

---

([23]) In merito a tale modello cfr., tra gli altri e con diverse sfumature, CHIARLONI, *Un* giudice di pace per la pace dei giudici, cit., p. 14 ss., e bibliografia riportata alla nt. 9; CONTI, MACCHIA, Aspetti processuali per un giudice di pace in materia penale, cit., c. 115 ss.; CRESPI, Il giudice onorario in materia penale nei progetti di riforma *dell'ordinamento* giudiziario, cit., p. 287 ss.; DENTI, Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile, cit., p. 614; MARZADURI, L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace, cit., p. 2239 ss.; NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c)* la competenza penale, cit., p. 160; PIZZORUSSO, Giudice onorario e giudice monocratico nel progetto ministeriale e nelle prospettive di attuazione costituzionale, cit., p. 260 ss.; SCALFATI, Primi rilievi *sull'at*tribuzione della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 228; VIGORITI, *A* favore del giudice onorario elettivo: spunti e proposte per una riforma, cit., p. 357 ss.

([24]) Sul punto cfr., specificamente e per tutti, PIVETTI, LA selezione per la nomina, in Il giudice di pace, suppl. al n. 3/1989 di Dem. dir., p. 62-63.

([25]) Cfr., per tutti, BRONZO, GALLUCCI, *Competenza.* Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 40; MARZADURI, *L'attribuzione* di competenze penali al giudice di pace, cit., p. 2232; NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c)* la competenza penale, cit., p. 160. Al riguardo si vedano, altresì, le variegate proposte di GHEZZI, La partecipazione popolare *all'amministrazione* della giustizia, in Riv. *trim.* dir. proc. civ., 1977, p. 129 ss. e di ZAGREBELSKY, LA riforma della giustizia onoraria, in *Giur.* it., 1981, IV, c. 18.

([26]) In argomento cfr. ad esempio, sia pure in prospettiva essenzialmente civilistica, TARZIA, Giudice professionale e giudice laico, In Riv. dirproc., 1980, p. 450; PUNZI, Il giudice onorario, in L'ordinamento giudiziario, vol. III, Materiali per una riforma, Rimini, 1985, p. 88. Per un più vasto e generale quadro delle ragioni del ripensamento circa l'opportunità di varare un giudice di pace "forte" a carattere elettivo cfr., tra gli altri, BORRÈ, Né *un* modello forte né un modello debole, in Il giudice di pace, cit., p. 50 ss.; PIVETTI, La selezione per la nomina, cit.., p. 63 ss.; PROTO PISANI, Perplessità sul giudice onorario, cit., p. 53 ss.

oltremodo carenti, sino a prescindere dal possesso della laurea in giurisprudenza ([27]).

In altre parole, in relazione ad un giudice penale di pace di nomina elettiva dotato di una giurisdizione estesa a fatti di rilevante impatto sociale, il *punctum dolens* era indubbiamente costituito dalla sua verosimile inadeguatezza a garantire quelle esigenze a sfondo legalista e garantista richieste in ambito penale, avvertite in modo particolarmente acuto nei moderni settori della criminalità a sfondo tecnologico.

3. La competenza penale del giudice di pace nei progetti di fine anni '80 e nella legge istitutiva 374/1991.

In realtà, è soprattutto a partire da alcuni progetti del 1988 ([28]) che prende progressivamente corpo un modello di giudice penale di pace sottratto, al contempo, sia alla prospettiva riduttivistica volta a considerarlo un mero giudice minore di decongestionamento del contenzioso "criminale", sia alla prospettiva ideologica e interventista volta a configurarlo come organo posto a tutela dei beni emergenti, specie se a carattere "locale". Nei suddetti progetti si afferma quindi l'idea di un giudice penale deputato alla "mediazione" e alla "pacificazione" piuttosto che alla punizione, ma non per questo di basso profilo ([29]), cui andava coerentemente attribuita una competenza circoscritta, oltre che a reati minori di facile accertamento probatorio ([30]), ad illeciti

---

([27]) Cfr., ad esempio, CHIARLONI, SCAPARONE, Ordinamento giudiziario e partecipazione popolare *all'amministrazione* della giustizia, in La riforma *dell'ordinamento* giudiziario, II, Roma, 1977, p. 166 ss.; GHEZZI, La partecipazione popolare *all'amministrazione* della giustizia, cit., p. 118. Vero è, comunque, che financo una parte degli avversari del modello "forte" di giudice di pace si è espressa nel senso di non ritenere indispensabile la laurea in giurisprudenza. Cfr., in particolare, BORRÈ, Né un modello forte né un modello debole, cit., p. 56 ss. Cfr., altresì, lo stesso CHIARLONI, Un giudice di pace per la pace dei giudici, cit., il quale pur autocollocandosi in ordine a tale figura di giudice nella categoria degli "utopisti pentiti" (p. 16), ha continuto a ritenere la laurea condizione non necessaria a dimostrare il possesso delle attitudini indispensabili a un buon giudice onorario (p. 26 ss.).

([28]) Proposta n. 1286, presentata dai parlamentari comunisti al Senato (primo firmatario Macis), il 4 agosto 1988; proposta n. 3422 alla Camera, il 2 dicembre 1988 (primo firmatario Fracchia).

([29]) Infatti, quanto ai requisiti di nomina, si richiedeva che il giudice di pace fosse scelto tra "persone capaci di assolvere degnamente, per spirito di indipendenza, per il prestigio acquisito, e per l'esperienza culturale maturata, le funzioni di magistrato onorario". Sul punto cfr., per tutti e diffusamente, CHIARLONI, Quattro progetti per un nuovo giudice *onorario*, in Doc. giustizia, 1989, n. 10-11, p. 40 ss.

([30]) Tra i quali i reati in materia di assegno e di codice della strada, nonché molte delle contravvenzioni di cui al libro terzo c.p. In argomento cfr., diffusamente e per ulteriori puntualizzazioni, MARZADURI, L'attribuzione di competenze penali al giudice di pace, cit., p. 2243.

espressivi di forme di rnicrocriminalitàinterpersonale. Anche se, per vero, il catalogo di reati prefigurato da tali progetti risultava per taluni aspetti incoerente con le premesse di fondo, dato che in esso non mancavano fattispecie alquanto complesse (si pensi in particolare, a quelle volte a colpire il mancato rispetto delle norme in tema di sicurezza del lavoro), e dunque meritevoli di essere riservate alla competenza del giudice togato, se non addirittura di un magistrato specializzato (31).

Resta comunque il fatto che, al di là di ogni buona intenzione, in sede di approvazione della legge del 1991 istitutiva del giudice di pace (32) quest'ultimo veniva configurato in modo tale da risultare privo di significativi tratti caratterizzanti. In particolare, in base all'art. 36 del testo in questione il legislatore delegante aveva stabilito che la competenza penale del nuovo giudice andava determinata all'interno delle contrawenzioni, owero dei delitti puniti con la pena della multa, sola o alternativa alla pena della reclusione, sempreché le relative fattispecie risultassero immuni da particolari difficoltà interpretative e fossero esenti, di regola, da complessi problemi probatori (33).

Ora — al di là dei molteplici dubbi che i suddetti principi e criteri direttivi per la determinazione della competenza penale del giudice di pace sollevavano (34) — sembrava evidente che il modello di giudice evocato da tali principi e criteri fosse quello, oltremodo generico, di un semplice giudice "minore"; di un giudice dotato sì di una competenza alquanto estesa, ma al tempo stesso "sospettato" di possibili inadeguatezze tecniche (35) che avrebbero dovuto inibirgli ogni decisione su fatti di qualche gravità, ovvero su questioni che presentassero difficoltà interpretative e probatorie (36).

---

(31) Cfr., al riguardo, BORRÈ, Il giudice di pace: rilancio di una ipotesi, in Questione giustizia, 1989, p. 88; CASTELLI, DI LECCE, Competenza del giudice di pace e rischi di una efficienzasenza valori, ivi, p. 106 ss.

(32) Sul complesso iter formativo di tale legge cfr., per tutti, SELVAGGI, Il giudice di pace tra occasioni perdute... e da non perdere, in *Cass.* pen., 1991, p. 1007 ss.

(33) Situazione, questa, ricavabile attraverso una certo non agevole valutazione storico-statistica del presumibile livello di complessità del quadro probatorio. Cfr., tra gli altri, CHIARLONI, Le *riforme* delprocesso civile, cit., p. 1078; SELVAGGI, Ilgiudice di pace tra occasioni perdute... e da non perdere, cit., p. 1011.

(34) Cfr., tra gli altri, NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c*) la competenza penale, cit., p. 161; SPANGHER, Commento all'art. 36, in Istituzione del giudice di pace (l. 21 novembre *1991* n. *374),* a cura di Consolo, Tommaseo, in Le nuove leggi civili commentate, 1995, p. 774 ss., e bibl. ivi riportata; SCALFATI, Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 230, e bibliografia ivi riportata alla nt. 21.

(35) In ordine agli insufficienti criteri di formazione e selezione dei giudici di pace previsti dalla normativa del 1991 cfr., ad esempio, VELA, Giudice di pace: riflessioni pessimistiche, in l giudici di pace, cit., p. 71.

(36) Cfr., al riguardo, le osservazioni di GROSSO, La competenza penale, cit., p. 109.

Come si sa — per tutta una serie di motivi, quali innanzitutto la presunta indeterminatezza dei summenzionati principi e criteri direttivi (37), la priorità logica e cronologica di un processo di depenalizzazione all'epoca non ancora compiuto (38), la stessa presunta inopportunità di attribuire competenza penale al nuovo organo giudicante prima di un suo adeguato rodaggio in ambito civile, il timore che una eccessiva insistenza sull'esigenza di mantenere anche una competenza penale in capo al nuovo giudice potesse indurre le forze politiche a rinunciare ad attribuirgli financo la competenza civile (39) — il Governo rinunciò all'esercizio della delega. Venne così rinviato all'attuale, più maturo periodo, l'avvento anche nel settore criminale di un giudice non professionale: giudice la cui fisionomia, come accennato in apertura, non può non risultare strettamente correlata alle caratteristiche dei reati attribuiti alla sua competenza.

Nel prosieguo della trattazione si avrà modo di evidenziare come l'elenco definitivo dei reati devoluti alla cognizione del nuovo organo, pur adombrando un modello di giudice preferenzialmente orientato alla composizione e conciliazione delle conflittualità interindividuali di minor rilevanza penale, risulti peraltro nient'affatto omogeneo (40); così come, del resto, contraddistinta da una certa qual eterogeneità è la stessa categoria dei giudici di pace, dato che al suo interno possono confluire sia giuristi professionali sia semplici laureati in giurisprudenza (41), seppure alla condizione di risultare "capaci di assolvere degnamente, per indipendenza, equilibrio e prestigio acquisito e per esperienza giuridica e culturale, le funzioni di magistrato onorario" (art. 3 1.24 novembre 1999, n. 468) (42).

---

(37) Cfr. NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c*) la competenza penale, cit., p. 161, nt. 62; SPANGHER, Commento *all'art.* 36, cit., p. 775.

(38) Cfr. sul punto, esemplificativamente, i rilievi di GRECO, in Atti parlamentari — Senato della Repubblica — *XIII* Legislatura, 544ª seduta, 11 febbraio 1999, p. 13.

(39) Cfr. CONSO, Intervento al Convegno *"Giudici* di pace: competenza penale" (Senigallia, 6-7 dicembre 1996), in Giust. e Cost., 1997, n. 3-4, p. 74 ss.

(40) Cfr., tra gli altri, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 41 e 47 ss.; DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 317; ZAGREBELSKY, La competenza penale del giudice di pace — Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega, cit., p. 5.

(41) Sul punto cfr., diffusamente, GENOVESE, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — b) *Le* modifiche alla l. n. 374 del *1991,* cit., p. 149; ID., *Prime* note su giudici laici e magistrati onorari nella Costituzione, in Studi in memoria di *Italo* Mancini, Napoli, 1999, p. 317.

(42) Come si vede, i requisiti richiesti al giudice di pace ricalcavano pressoché alla lettera quelli previsti dai summenzionati progetti del 1988 (cfr., supra, sub nt. 29).

4. L'attuale elenco dei reati di competenza del giudice di pace e la loro duplice fonte.

L'elenco completo dei reati demandati alla competenza del giudice di pace — contenuto nell'art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (43) — costituisce l'esito di un processo normativo di setaccio a carattere bifasico. Mentre infatti le fattispecie codicistiche devolute a tale organo erano già puntualmente enumerate all'art. 15 commi 1 e 2 della l. 468/1999 contenente modifiche alla legge del 1991 istitutiva del giudice di pace, cosicché il legislatore delegato si è limitato a trascriverle nel comma 1 del succitato art. 4, le fattispecie tratte dalla legislazione complementare, rinvenibili al comma 2 dell'art. 4, costituiscono il frutto di una selezione effettuata dal Governo sulla falsariga dei criteri direttivi cumulativamente previsti dall'art. 15 comma 3 della stessa l. 468/1999.

Si tratta di un elenco nel suo complesso non certo contraddistinto da una grande omogeneità (44), nel quale vengono ricondotti reati il cui unico comune denominatore è costituito, forse, dalla loro non elevata gravità (45); laddove per contro le altre due caratteristiche che dovrebbero costituire la costante dei reati in elenco (assenza di ardui problemi interpretativi e probatori; praticabilità di meccanismi di composizione/mediazione pensati in ragione della sussistenza di un danno riparabile prodotto nel quadro di un illecito interindividuale) risultano derogati a più riprese.

La dimostrazione di quanto appena detto presuppone, ovviamente, una disamina delle norme incriminatrici contenute nel suddetto elenco; disamina che diviene più agevole ove si distingua a seconda che tali norme concernano delitti di fonte codicistica, owero contrawenzioni della medesima fonte, owero ancora reati (delitti e contrawenzioni) previsti da leggi speciali. Si tratta infatti di tre gruppi di reati che presentano indiscutibili tratti differenziali, sino talora a costituire espressione di realtà criminologiche nettamente distinte.

5. I delitti codicistici attribuiti alla competenza del giudice di pace.

L'elenco dei delitti di fonte codicistica devoluti alla cognizione del giudice di pace risulta indubbiamente alquanto ricco. Esso si rinviene alla lettera *a)*

---

(43) *In Gazz. uff., 6 ottobre 2000, n. 234, Suppl. ord. n.* 166L.

(44) Taluno *ha addirittura parlato di una elencazione estremamente eterogenea. Cfr,,in particolare,* SACCHETTINI, *Dietro il "soccorso" dei magistrati onorari le incognite dei mezzi e della professionalità, cit., p. 88-89;* ZAGREBELSKY, *La competenza penale del giudice di pace — Solo un piccolo catalogo di reati supera la porta stretta della delega, cit., p.* 5.

(45) *In questo senso cfr., ad esempio,* DI GIOVINE, *Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit.,* c. *321;* SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 228.*

del comma 1 dell'art. 4 d.lgs. 27412000 e comprende le percosse (46), le lesioni personali dolose con prognosi inferiore ai 20 giorni (47), la massima parte delle lesioni colpose punibili a querela della persona offesa (48), l'omissione di soccorso (quando da questa non derivi una lesione personale o la morte) (49), l'ingiuria (50), la diffamazione (esclusa quella a mezzo stampa o rivolta a Corpi politici, amministrativi o giudiziari) (51), le minacce punibili a querela (52), i furti c.d. minori (53), la sottrazione di cose comuni (54), l'usurpazione (escluso quando concerna beni pubblici o destinati ad uso pubblico) (55), la deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi (anche in questo caso, eccezion fatta quando esse concernano beni pubblici o destinati ad uso pubblico) (56), l'invasione di terreni o edifici, limitatamente alle ipotesi perseguibili a querela (57), il danneggiamento nei casi di perseguibilità a querela (58), l'introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo (escluso quando si tratti di terreni o fondi pubblici o destinati ad uso pubblico) (59), l'ingresso abusivo nel fondo altrui (60), l'uccisione o danneggiamento di animali altrui nelle ipotesi perseguibili a querela (61), il deturpamento e imbrattamento di cose altrui (62), l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di cose avute per errore o caso fortuito (63). Detto elenco, che costituisce la risultante del catalogo previsto dal disegno di legge governativo e delle relative modifiche di fonte parlamentare, esprime indubbiamente il nucleo di reati più significativo e omogeneo tra quelli demandati alla competenza del giudice di pace: nucleo capace, ad un tempo, di conferire profili sufficientemente coerenti a tale organo giurisdizionale e di favorire un effettivo alleggerimento del carico di lavoro dei giudici togati.

---

(46) *Art. 581* C.P.
(47) Art. *582* c.p.
(48) Art. *590* c.p. "limitatamente alle fattispecie perseguibili a querela di parte e ad esclusione delle fattispecie connesse alla colpa professionale e dei fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale quando, nei casi anzidetti, derivi una malattia di durata superiore a venti giorni".
(49) Art. *593* commi *1* e *2* c.p.
(50) Art. *594* c.p.
(51) Art. *595* commi 1 e *2* c.p.
(52) *Art. 612* comma *1* c.p.
(53) Art. *626* c.p.
(54) Art. *627* c.p.
(55) Art. *631* c.p. "salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639*bis*".
(56) Art. *632* c.p. "salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639*bis*".
(57) Art. *633* comma *1* c.p. "salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639*bis*".
(58) Art. *635* comma *1* c.p.
(59) Art. *636*, c.p. "salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 639*bis*".
(60) *Art. 637* c.p.
(61) Art. *638* comma *l* c.p.
(62) Art. *639* c.p.
(63) *Art. 647* c.p.

I delitti in questione, infatti, configurandosi come aggressioni — sia pure di non elevata gravità — a beni peraltro altamente significativi quali l'incolumità personale, l'onore e il patrimonio, concorrono indubbiamente a nobilitare la nuova figura del giudice di pace, offrendo a detto giudice settori d'indagine sufficientemente vasti e degni, per di più nella massima parte dei casi perfettamente coerenti con la sua vocazione alla mediazione e alla conciliazione dei conflitti tra privati. Giova in proposito ricordare che i suddetti delitti sono, salvo eccezioni (64), perseguibili a querela dell'offeso e comportano danni verosimilmente passibili di condotte riparatorie atte a consentire, ai sensi dell'art. 35 d. lgs. 27412000, l'estinzione del reato. Inoltre gli illeciti passati in rassegna si presentano normalmente — se si escludono talune ipotesi menzionate *infra, sub* lett. *b)* — di accertamento sufficientemente agevole e di non troppo ardua interpretazione (65), così da non gravare di compiti eccessivamente ostici e responsabilizzanti un giudice pensato essenzialmente come "pacificatore". Infine, merita anche di essere ricordato che non pochi dei suddetti reati si rivelano di frequente realizzazione, sicché il giudice di pace si troverà verosimilmente gravato di un numero di casi tutt'altro che trascurabile, tali da comportare, di riflesso, un effettivo alleggerimento della mole di lavoro gravante sul giudice togato.

Naturalmente, nonostante la loro complessiva omogeneità, significatività e conformità alle caratteristiche del nuovo giudice e del relativo rito, anche il catalogo dei delitti codicistici non risulta del tutto immune da critiche o comunque da profili di problematicità (66). Ciò vale con riferimento sia a

---

(64) Fatti salvi cioè, come si avrà modo di precisare in seguito, i delitti di omissione di soccorso (art. 593 commi 1 e 2 c.p.) e di deturpamento e imbrattamento di cose di interesse storico o artistico (art. 639 comma 2 c.p.)

(65) Al riguardo non si è mancato peraltro di osservare come le difficoltà interpretative siano sovente ricollegabili alle peculiarità della fattispecie concreta piuttosto che alla configurazione della fattispecie astratta. Sul punto cfr., in generale, le osservazioni di CORDERO, Procedura penale, Milano, 2000, p. 892; nonché, con specifico riferimento al tema di giudice di pace, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 39. Tuttavia se da un lato pare innegabile la possibilità di effettuare una qualche prognosi relativa agli ostacoli di interpretazione e ai problemi di accertamento giudiziale posti dalle singole figure di reato (in argomento cfr., per tutti e con diverse sfumature, BRONZO, GALLUCCI, ivi, p. 39 ss.; NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c)* la competenza penale, cit., p. 163; SPANGHER, Commento *all'art.* 36, cit., p. 774, con ulteriori riferimenti bibliografici), dall'altro lato risulta evidente l'impossibilità per il legislatore di ancorare la competenza del giudice di pace a parametri interpretativo/probatori focalizzati sulla fattispecie concreta anziché su quella astratta. Sul punto cfr., specificamente, SCALFATI, Primi rilievi sull'uttribuzione della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 230.

(66) Cfr., diffusamente, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 42 ss.; nonché NAPOLEONI, *Nuova* disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — *c)* la competenza penale, cit.,

talune esclusioni dell'ultima ora dovute anche, ma non solo, a una certa cautela nell'attribuire al giudice di pace una competenza penale, sia a *talune* discutibili inclusioni, derivanti talvolta dalla volontà di attribuire allo stesso organo giudicante la cognizione di fatti tra loro tipologicamente affini, anche se assai diversi sotto il profilo delle difficoltà di interpretazione e accertamento.

a) Per quanto concerne le esclusioni, va rilevato che rispetto all'originale disegno governativo sono stati espunti dall'elenco i reati di rissa semplice (67), furto semplice (68) e insolvenza fraudolenta (69). Con riferimento, in particolare, al furto semplice, è stato criticamente sottolineato da una parte della dottrina come la recente riforma relativa alla procedibilità a querela di tale reato (art. 12 l. 205/1999) evidenziasse una nuova attenzione del legislatore al ruolo dell'offeso che avrebbe dovuto trovare, quale conseguenza logica, la riconducibilità di tale fattispecie nell'ambito dell'attività mediatrice del giudice di pace (70). Peraltro, all'opposto, si è rilevato come la mancata devoluzione del furto semplice a tale giudice si giustifichi con l'opportunità di non differenziare l'organo giudicante a seconda che il furto si presenti in forma semplice ovvero aggravata (71).

La questione, comunque, pare di non eccessivo rilievo pratico in considerazione della assoluta marginalità dei casi in cui il furto non risulti corredato di aggravanti: anche se, peraltro, in base a quanto previsto all'art. 48 del d. lgs. 274/2000, il giudice togato avrebbe dovuto dichiarare la competenza del giudice di pace in ordine al reato in esame ogni qualvolta fosse risultata insussistente la circostanza aggravante (72).

---

p. 162 ss.; SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, cit., p. 230.

(67) Art. 588 comma 1 c.p.

(68) Art. 624 c.p.

(69) **Art.** 641 c.p. Cfr., al riguardo, *Senato della Repubblica — XIII Legislatura*, 548ª seduta pubblica, 17 febbraio 1999, p. 97. La dottrina non ha mancato di rilevare l'avvenuto assottigliamento, in sede parlamentare, del catalogo dei delitti codicistici attribuiti alla competenza del giudice di pace. Cfr., in particolare, NAPOLEONI, *Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — c) la competenza penale*, cit., p. 162 in fine; BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., p. 46.

(70) BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., p. 46.

(71) *Mutatis mutandis*, rilievi analoghi potrebbero essere effettuati con riferimento al reato di insolvenza fraudolenta, il quale se da un lato risulta da sempre procedibile a querela, dall'altro lato appare talora straordinariamente contiguo al più grave reato di truffa semplice, per il quale non a caso si è suggerita, da taluni parlamentari, la devoluzione alla competenza del giudice di pace. Cfr. *Senato della Repubblica — XIII Legislatura*, 548" seduta pubblica, 17 febbraio 1999, p. 97.

(72) Cfr., *mutatis mutandis*, BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., p. 47.

b) Per quanto concerne invece le inclusioni più problematiche, occorre *in primis* rilevare la non del tutto convincente riconduzione all'interno dell'elenco di taluni delitti non perseguibili a querela, vale a dire dell'omissione di soccorso di cui all'art. 593 commi 1 e 2 c.p. e del deturpamento e imbrattamento di cose altrui, limitatamente all'ipotesi prevista al comma 2 dell'art. 639 c.p.

In effetti, perplessità può suscitare la devoluzione alla competenza del giudice di pace del primo dei due summenzionati delitti, il quale pur investendo un bene a sfondo "individuale" (vita e incolumità personale), in quanto reato di pericolo mal si presta a consentire condotte *stricto sensu* riparatorie (73). Ulteriori perplessità può poi suscitare l'inclusione, nel catalogo, delle condotte vandaliche nei confronti delle cose di interesse storico o artistico (74), le quali risultano sì riconducibili nell'ambito della microcriminalità, ma non certo di quella "interindividuale". Vero è però che la norma in questione, pur essendo dettata in vista della tutela di un bene eminentemente pubblico quale il patrimonio artistico (75), mira quantomeno a colpire fatti passibili di condotte eliminative delle conseguenze dannose del reato, così da giustificare forse, ove tali condotte riparatorie vengano realizzate, quella definizione alternativa del procedimento consistente nella dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice di pace.

In ogni caso, i problemi maggiori sono senz'altro quelli posti dal delitto di lesioni colpose. Vero è infatti che la mancata ammissione, nell'originario elenco previsto dal disegno di legge delega, financo delle lesioni colpose lievi (76) (ma non anche delle lesioni dolose lievissime) si poneva in evidente contrasto col principio di proporzione della sanzione, in quanto a fronte di fatti lesivi di gravità oggettiva tendenzialmente analoga anche se non coincidente (77), solo quelli dolosi (inseriti in elenco, diversamente da quelli colposi lievi, in ragione della loro minore problematicità sul piano interpretativo e probatorio) sarebbero stati assoggettati alle sanzioni di modestissima afflittività applicabili dal giudice di pace (78). Ma è altresì vero che l'awenuta equiparazione, per quanto concerne la competenza del giudice di pace, tra le

---

(73) In argomento cfr., *amplius infra, sub* par. 8 n. *3* e par. 10.

(74) Cfr., sul punto, gli approfondimenti di BRONZO, GALLUCCI, cit., p. 42-43.

(75) Cfr. VASCIAVEO, in *Codice penale commentato — Parte speciale,* a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 1999, *sub* art. 639, p. 3494.

(76) Cfr. *Atti parlamentari — Camera dei Deputati — n. 1873 — XIII Legislatura, Disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia (Flick) il 15 giugno 1996* "Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace, p. 6.

(77) È noto, infatti, che nell'ambito delle lesioni dolose il legislatore distingue tra lesioni lievissime (non superiori a venti giorni) e lievi (non superiori a quaranta giorni), mentre nell'ambito di quelle colpose tale distinzione non sussiste.

(78) Sul punto cfr., in particolare, BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione,* cit., p. *43* ss.; PAPA, *La competenza penale del giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice,* cit., par. 4.2.

lesioni dolose lievissime e le lesioni colpose lievi, gravi e gravissime (con l'eccezione delle lesioni colpose derivanti da colpa professionale ovvero da violazione di norme antinfortunistiche o di norme relative all'igiene del lavoro, le quali vengono devolute al giudice in questione solo se non comportano una malattia superiore a venti giorni) (79) presenta anch'essa talune controindicazioni.

In primo luogo, infatti, questa equiparazione pone a carico di un giudice "laico" valutazioni — in tema di colpa professionale, di omissione, di posizioni di garanzia — oltremodo complesse (80); valutazioni la cui difficoltà, oltretutto, prescinde completamente dalla durata (superiore o meno a venti giorni) della malattia (81). Al riguardo, può essere solo di parziale consolazione il fatto che, quahtomeno rispetto alle lesioni derivanti da colpa professionale così come in

---

(79) Merita di essere sottolineato che, secondo il testo licenziato dalla Camera dei deputati, tutte le fattispecie implicanti una colpa professionale venivano escluse dalla cognizione del giudice di pace. Solo successivamente è stata sottolineata la necessità di far rientrare nella competenza del giudice di pace anche le lesioni connesse a colpa professionale con malattia sino a venti giorni. E ciò, tenuto conto del fatto che "un reato doloso è per definizione più grave di un reato colposo", cosicché "appare illogico (e verosimilmente esposto a censure di incostituzionalità) che il primo sia punito con le sanzioni meno gravi che la presente legge affida al giudice di pace e che il secondo sia invece passibile delle più gravi sanzioni ordinarie" cfr. *Atti parlamentari — Senato della Repubblica — XIII Legislatura,* nn. 3160 e 1247-ter-A, *Relazione della seconda Commissione permanente (relatore Fassone) comunicata alla Presidenza il* 13 *gennaio* 1999 *sul disegno di legge "Disposizioni concernenti il tirocinio e la nomina del giudice di pace. Delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace",* p. 10.

(80) Proprio per questa ragione nel corso dei lavori preparatori si era pensato di sottrarre alla competenza del giudice di pace le ipotesi di lesione personale derivanti da colpa professionale, owero dalla violazione delle norme in materia di igiene e sicurezza del lavoro (cfr., sul punto, BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione,* cit., p. 43). In effetti, la dottrina ha sollevato a più riprese perplessità in merito alla attribuzione al giudice di pace di una competenza in materia di lesioni colpose, alla luce dell'elevato impegno "tecnico" che queste possono richiedere. Cfr. ad esempio, con varietà di accenti, PAPA, *La competenza penale del giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice,* cit., par. 4.2.; SCALFATI, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace,* cit., p. 230; nonchè, con specifico riferimento alle difficoltà insite nell'accertamento delle malattie di natura professionale, TRICOMI, *Connessione dei procedimenti a regime ridotto,* in *Guida al diritto,* 2000, n. 38, p. 93-94.

(81) Cfr., al riguardo, le osservazioni di NAPOLEONI, *Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di competenza penale — c) la competenza penale,* cit., p. 162-163. Sul punto cfr. altresì, sia pure in termini più sfumati, *Relazione al D.lgs. sul giudice di pace penale,* cit., p. 39. Viceversa, nel senso che "la particolare delicatezza delle indagini quando entra in campo la colpa professionale non pare sussista allorché la gravità delle lesioni è così ridotta" cfr. *Atti parlamentari — Senato della Repubblica — XIII Legislatura,* nn. 3160 e 1247-ter-A, *Relazione della seconda Commissione permanente (relatore Fassone) comunicata alla Presidenza il* 13 *gennaio* 1999, cit., p. 10.

materia di infortuni sul lavoro, il giudice di pace si vedrà assai spesso privato della sua competenza, in quanto i relativi reati tendono a porsi in concorso formale con gli illeciti penali previsti dalla normativa antinfortunistica, e dunque finiranno il più delle volte ad essere attribuiti per connessione al giudice togato in base all'art. 6 d.lgs.274/2000 (82).

In secondo luogo, e per converso, l'attribuzione al giudice di pace di fatti obbiettivamente di elevata offensività quali le lesioni colpose gravi e gravissime (eccezion fatta, ovviamente, per quelle derivanti da colpa professionale o dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro) sembra destinata a riproporre in forma amplificata le perplessità che a suo tempo accompagnarono l'introduzione delle perseguibilità a querela per tali forme di reato (83). Perplessità non a caso manifestate con particolare vigore proprio in relazione alla delinquenza colposa in ambito stradale (84), la quale peraltro finirà prevedibilmente con l'assorbire la massima parte delle lesioni non dolose demandate alla competenza del giudice di pace (85). Al riguardo, non va sottovalutato il rischio che questa forma di delinquenza colposa, tanto frequente ed insidiosa, possa ormai restare il più delle volte impunita. È noto infatti che, ponendo fine alle oscillazioni giurisprudenziali sul punto (86) e in piena armonia con la migliore dottrina (87), nella sentenza 20 aprile 1998 n. 138 la Corte costituzionale ha affermato che l'attenuante del risarcimento del danno (art. 62 n. 6 c.p.) risulta operante anche quando l'intervento risarcitorio sia compiuto, prima del giudizio, dall'ente assicuratore (88). Orbene, non sarebbe irragionevole il sospetto che l'avvenuta svalutazione del coefficiente psicologico della resipiscenza a seguito dell'affermazione della natura oggettiva di detta circostanza possa preludere, nell'ambito del procedimento davanti al giudice

---

(82) Cfr. BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 44; PAPA, La competenza penale del giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice, cit., par. 4.2; TRICOMI, Connessione dei procedimenti a regime ridotto, cit., p. 94.

(83) Stigmatizza la degradazione di "così gravi attentati al bene primario dell'integrità fisica (...) ad un fatto pressoché privato, perché non sanzionabile (...) penalmente in mancanza di querela" MANTOVANI, Diritto penale. Reati contro la persona, Padova, 1995, p. 207.

(84) Sul punto cfr., ancora, MANTOVANI, *op. loc. cit.*

(85) Al riguardo, cfr. le puntuali osservazioni di BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 45.

(86) Cfr., per tutti e diffusamente, PALERMO FABRIS, Commentario breve al codice penale, a cura di Crespi, Stella, Zuccalà, Padova, *sub* art. 62, p. 292 ss.; VENAFRO, in Le fonti del diritto italiano — Codice penale, a cura di Padovani, Milano, 2000, sub art. 62, p. 392 ss.; VERGINE, in Codice penale commentato — Parte generale, a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 1999, sub art. 62, p. 671 ss.

(87) Cfr., in particolare, PADOVANI, *L'attenuante del* risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo, in Cass. pen., 1989, p. 1183.

(88) Cfr., tra gli altri, BISORI, Appunti per *un'interpretazione* costituzionalmente orientata *dell'attenuante* del *risarcimento* del danno, in Cass. pen., 1999, p. 395.

di pace, ad una applicazione pressoché meccanica dell'estinzione del reato di cui all'art. 35 d.lgs. 27412000 nei casi in cui, prima dell'udienza di comparizione, l'ente assicuratore abbia direttamente provveduto al risarcimento del danno causato dal reo. Anche se, per vero, il comma 2 di quest'ultima norma sembrerebbe consentire una rivivescenza (peraltro non priva di aspetti di problematicità anche sotto il profilo costituzionale) delle componenti "personalistiche" eventualmente insite nelle attività risarcitorie, laddove condiziona la sentenza di estinzione del reato al fatto che dette attività vengano considerate dal giudice onorario "idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione" ([89]).

6. *Le contravvenzioni codicistiche in elenco.*

L'esame dell'elenco delle contrawenzioni codicistiche che in base all'art. 4 comma 1 lett. b) d.lgs. 274/2000 sono destinate alla competenza del giudice di pace potrebbe, a primo avviso, suscitare sorpresa per la sua essenzialità. Posto infatti che la giurisdizione di quest'ultimo sembra dovere essere necessariamente circoscritta a categorie di illeciti penali a carattere bagatellare e che le contrawenzioni risultano di regola — come si sa — meno gravi dei delitti, di primo acchito si sarebbe potuta immaginare una certa generosità da parte della legge delega nel trasferire al nuovo giudice parte delle contrawenzioni previste dal libro III del codice penale. Viceversa le fattispecie contravvenzionali di fonte codicistica rinvenibili nell'elenco sono davvero poche, e per di più di scarsissimo rilievo pratico. Nella delega è stato infatti stabilito di demandare a tale giudice solo i fatti realizzati in violazione delle norme volte a prevenire l'abuso di bevande alcoliche ([90]), gli "atti contrari alla pubblica decenza" (art. 726), nonché i comportamenti consistenti nell'"inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori" (art. 731) ([91]).

([89]) Cfr., sul punto, la Relazione *al D.lgs.* sulgiudice *di pace penale,* cit., p. 62, nella quale si precisa come proprio per evitare i rischi di monetizzazione della responsabilità penale sia stata introdotta la clausola di cui all'art. 35 comma 2. Al riguardo la dottrina sottolinea che, in forza di tale clausola, "al giudice, pur in presenza di un'intervenuta e provata attività 'integralmente' risarcitoria o riparatoria, è peraltro attribuito un notevole spazio valutativo in ordine all'applicabilità della causa estintiva" occorrendo a tal fine che egli "ritenga l'attività risarcitoria o riparatoria idonea a compensare la gravità della condotta criminosa" AMATO, *Così* il "ravvedimento operoso" estingue il reato, in Guida al diritto, 2000, n. 38, p. 128.

([90]) Vale a dire la "somministrazione di bevande alcooliche a minori o a infermi di mente" (art. 689), la "determinazione in altri dello stato di ubriachezza" (art. 690) e la "somministrazionedi bevande alcoliche a persone in stato di manifesta ubriachezza" (art. 691).

([91]) Con specifico riferimento ai possibili vantaggi connessi all'attribuzione di tale reato al giudice onorario cfr. PAPA, La competenza penale del giudice di pace con *riferimento* ai reati previsti dal codice, cit., par. 5.

Tuttavia, l'estrema limitatezza delle figure contrawenzionali tratte dal codice e affidate al giudice di pace risulta, all'opposto, pienamente comprensibile non appena si rifletta sui fondamentali caratteri propri della categoria delle contrawenzioni. In effetti, anche se, de *iure* condito, è vero che una distinzione tra delitti e contrawenzioni fondata su elementi qualitativi appare votata a obiezioni insuperabili (92), è però altresì vero che, a livello storico-politico, le contrawenzioni hanno assunto talune specifiche connotazioni, rispetto alle quali male si attagliano modelli giurisdizionali incentrati sullo schema della mediazione/pacificazione. Ciò è particolarmente evidente in relazione al codice penale del 1930 Rocco stante che, nella concezione di Arturo Rocco, dovevano essere catalogati come contrawenzioni, essenzialmente, gli atti contrari all'interesse amministrativo dello Stato (93), in quanto tali estranei al settore della conflittualità interindividuale.

Ben si spiega, quindi, come persino le contrawenzioni codicistiche su cui il decreto 27412000 è intervenuto abbiano ben poco a che vedere con la microcriminalità interindividuale (94). Esse tuttavia, per la loro intrinseca tenuità, per la presumibile assenza di difficoltà probatorie e interpretative (con l'eccezione però dell'art. 726, che secondo la dottrina dominante può implicare processi di eterointegrazione talora tutt'altro che agevoli) (95), non sembrano nemmeno del tutto precluse alla competenza di un organo giurisdizionale "minore" chiamato ad accollarsi la parte meno problematica del lavoro sinora attribuito ai giudici togati.

Una ulteriore ragione della grande penuria di contrawenzioni codicistiche devolute alla competenza del giudice di pace risiede, con ogni probabilità, nel progressivo processo di depenalizzazione, che ha investito in pieno il terzo libro del codice penale, comportando una massiccia potatura di norme

---

(92) Cfr., *amplius*, ROMANO, Commentario sistematico del codice penale, I, Milano, 1995, sub art. 39, p. 334. Peraltro, in merito a taluni criteri per la scelta legislativa tra le due tipologie di reati cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 5 febbraio 1986, "Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per *la formulazione* delle fattispecie penali", Parte I, p. 625 ss.. In dottrina cfr., per ulteriori approfondimenti, PADOVANI, Il *binomio irriducibile.* La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale, in Diritto penale in *trasformazione,* Milano, 1985, p. 421 ss.; ID., voce Delitti e contravvenzioni, in *Dig. disc.* pen., III, 1989, p. 323 ss., e bibliografia ivi riportata.

(93) Cfr. Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma, 1932, p. 349 ss. In una prospettiva parzialmente convergente cfr., altresì, GRISPIGNI, Diritto penale italiano, I, Padova, 1952, p. 167; RANIERI, Manuale di diritto penale. Parte generale, Padova, 1968, p. 121.

(94) Sul punto cfr., per tutti, PAPA, La competenza penale del giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice, cit., par. 5.

(95) In argomento cfr., diffusamente e per tutti, FIANDACA, *Problematica dell'osceno* e tutela del buon costume, Padova, 1984, p. 26 ss.; PICCININI, Sulla nozione *giurisprudenziale* di pubblica decenza, in Giur. it., 1994, II, p. 849; RUGGIERO, Gli elementi normativi della fattispecie penale. I — Lineamenti generali, Napoli, 1965, p. 178 ss.

talora forse non perfettamente ritagliate su un modello di giudice "pacificatore", ma nemmeno radicalmente incompatibili con esso. Si pensi, solo a titolo di esempio, al reato di omessa custodia e mal governo di animali (art. 672), trasformato in illecito amministrativo dall'art. **33** lett. a) l. 689/1981, il quale pur improntandosi allo schema del pericolo presunto, ben avrebbe potuto consentire in capo al reo, se non atti di vera e propria "riparazione", quantomeno comportamenti volti a far cessare (sia pur tardivamente) l'allarme sociale derivante dal rischio per la pubblica incolumità, E si pensi altresì al reato di bestemmia, che certo mal si presta ad ammettere "l'eliminazione delle conseguenze dannose", ma che purtuttavia, sino alla sua avvenuta depenalizzazione ad opera del d.lgs. 507/1999, è rimasto saldamente presente nei più recenti disegni di legge in materia di competenza penale del giudice di pace. Si pensi, ancora, al reato concernente la tenuta di spettacoli o trattenimenti pubblici senza licenza (art. 666 c.p.), anch'esso depenalizzato dal d.lgs. 50711999, il quale consentiva in taluni casi forme di "controcondotta" a carattere *lato sensu* riparatorio (96), le quali potevano forse giustificare la proposta, avanzata da alcuni esponenti del Parlamento, di devolverne la cognizione al giudice onorario (97). Osservazioni talora analoghe potrebbe altresì suscitate la lettura di ulteriori contrawenzioni codicistiche tra quelle di cui, prima della loro depenalizzazione, era stata proposta la devoluzione al giudice di pace (98).

In definitiva, sembra possibile affermare che in ragione sia delle intrinseche caratteristiche delle fattispecie contrawenzionali di matrice codicistica, sia della energica azione di sfoltimento condotta nei loro confronti dalle leggi di depenalizzazione, non deve destare meraviglia se ben poche di esse sono state fatte rientrare nella competenza del giudice di pace, e se anche queste poche presentano profili a volte tutt'altro che in linea col modello di illecito penale "a vocazione conciliativa" (99) tratteggiato dal d.lgs. 27412000 (100).

---

(96) In argomento cfr., *infra*, sub par. 8, n. 3, lett. a).

(97) Cfr. l'emendamento (respinto) proposto da CIRAMI, in Atti parlamentari — Senato della Repubblica — XIII Legislatura, 548ª seduta pubblica, 17 febbraio 1999, p. 98.

(98) Cfr., supra, sub par. 1, nt. 11.

(99) La Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale (cit., p. 39) afferma che le contrawenzioni codicistiche previste in elenco, pur risultando "difficilmente ascrivibili al protocollo criminologico della microconflittualità interindividuale,"sembrano tuttavia ancora modellat(e) sulla caratterizzazione del giudice di pace come 'compositore di controversie individuali', così da tollerare "condotte di tipo lato sensu riparatorie". Vero è pero che, in relazione alle suddette contrawenzioni, condotte di tal fatta sembrano concepibili solo con riferimento al reato (a carattere permanente) di inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori (art. 731 c.p.), specie ove si intendano per tali anche semplici condotte sintomatiche della cessazione del comportamento omissivo dell'agente.

(100) Cfr., in particolare l'art. 2 comma 2 (Principi generali del procedimento penale davanti al giudice di pace), in base al quale "Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti".

Modello, questo, che peraltro da un lato si attaglia perfettamente alla massima parte dei delitti codicistici presi in esame nel precedente paragrafo, e che dall'altro lato riemerge in piena luce dall'esame dei criteri dettati dal legislatore delegato per l'individuazione dei reati previsti da leggi speciali da devolvere alla cognizione del giudice onorario,

7. I principi e criteri direttivi per la determinazione delle fattispecie extra codicem *demandate alla competenza del giudice di pace. Gli effetti iperselettivi derivanti dalla loro operatività congiunta.*

Con riferimento infine all'esame dell'elenco delle fattispecie previste in leggi speciali e devolute alla competenza del giudice di pace, occorre sottolineare come tale elenco costituisca la risultante dell'attività normativa di due organi — il legislatore delegante e quello delegato — caratterizzati nel loro operare da atteggiamenti mentali assai diversi se non addirittura contrapposti.

a) Quanto al legislatore delegante, gli si deve indubbiamente riconoscere il fatto di non aver inibito *in toto* al giudice onorario l'accesso allo sterminato campo delle fattispecie *extra codicem;* e questo, nonostante che esse non abbiano quasi mai ad oggetto quegli illeciti a carattere interpersonale rispetto ai quali il giudice di pace — in virtù della sua attitudine al ravvicinamento delle parti — si rivela particolarmente attrezzato a intervenire (101). Tuttavia, non può nemmeno negarsi che l'atteggiamento del delegante in merito alle competenze extracodicistiche del giudice di pace sia stato caratterizzato da una grande cautela (102). Ciò emerge con immediatezza dalla lettura dei canoni previsti nella legge delega per la selezione delle fattispecie penali della legislazione complementare devolute alla cognizione del giudice onorario. Tali canoni, se da un lato presentavano nel loro complesso un tasso di determinatezza tale da sottrarli alle critiche a suo tempo rivolte ai ben più elastici canoni previsti nella precedente delega (103), dall'altro lato risultavano in linea di massima alquanto rigorosi, e pertanto dotati di un elevato coefficiente di selettività. La funzione di scrematura assolta dai canoni in questione risultava poi moltiplicata esponenzialmente in virtù della loro operatività in via non già alternativa ma cumulativa. L'esigenza che i reati di fonte "complementare" da inserirsi in elenco dovessero riuscire conformi a tutti i criteri dettati dall'art. 15 comma 3 1. 44811999 ha comportato la

---

(101) In argomento cfr., Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 39; DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 318.

(102) Cfr., in particolare, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 48.

(103) Cfr., in argomento, le osservazioni di SCALFATI, Primi *rilievi sull'attribuzione* della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 230.

trasformazione di questi ultimi in una sorta di filtro multiplo a maglie oltremodo fitte, destinato necessariamente ad attribuire al giudice di pace "uno spettro di cognizione alquanto ristretto" (104).

b) Quanto poi al legislatore delegato, come meglio vedremo nel prossimo paragrafo, risulta evidente dall'esame della sua attività di individuazione dei reati di competenza del giudice di pace la volontà di reinterpretare i suddetti canoni selettivi con una certa larghezza (105), così da arricchire quanto più possibile un catalogo di fattispecie extracodicistiche votato comunque ad assumere dimensioni assai contenute.

Passando dunque all'analisi dei quattro criteri di selezione dettati dalla legge delega, appare opportuno affrontarli in un ordine basato sul loro decrescente livello di vincolatività, per poter meglio ricostruire l'attività governativa (106) attraverso la quale si è proweduto alla concretizzazione di tali criteri nell'ambito del d. lgs. 24712000.

1) Indubbiamente, il criterio selettivo più vincolante era quello in base al quale potevano essere devoluti alla competenza del giudice di pace solo i reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro mesi, owero con una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena. Secondo quanto specificato dall'art. 15 comma 3 lett. a) 1. 46811999, risultavano sottratti alla cognizione del giudice onorario anche i reati che, nelle sole ipotesi aggravate, fossero sanzionati con una pena detentiva superiore nel massimo al suddetto limite, così da evitare il rischio che l'eventuale riconoscimento di una aggravante in sede processuale comportasse il trasferimento della competenza ad un altro organo giudicante (107).

Com'è facilmente intuibile, attraverso il criterio tassativo dei limiti di pena, il delegante ha voluto precludere al giudice di pace la cognizione di reati di rilevante disvalore, vale a dire di reati connotati da un livello di gravità tale da rendere inopportuno un eventuale esito del contenzioso in chiave di pura mediazione/pacificazione, e comunque tale da imporre soluzioni sanzionatorie diverse e più severe rispetto a quelle nella disponibilità di detto giudice. Resta il fatto che, secondo quanto sottolineato dalla dottrina, questo criterio implicava già un'azione di filtro destinata a rivelarsi oltremodo rigorosa (108), in quanto la maggior parte dei reati puniti con pene edittali

---

(104) Cfr. Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 39.

(105) Cfr., tra gli altri, RIVIEZZO, La persona offesa protagonista del processo davanti al giudice di pace, in Dir. giust., 2000, n. 31, p. 8

(106) Si allude, innanzitutto, all'attività svolta dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Tullio Padovani.

(107) Cfr., in particolare, NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al Governo in materia di *competenza* penale — *c)* la *competenza* penale, cit., p. 163.

(108) E ciò, nonostante che il criterio in esame circoscrivesse la cognizione del giudice di pace solo con riferimento al limite edittale di pena detentiva, e non anche a quello di pena pecuniaria. Come puntualmente osservato (DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 319), la ragione del mancato riferimento a

rientranti nel limite indicato era già stata in precedenza coinvolta in quel processo di depenalizzazione intensificatosi nel corso degli anni '90 e culminato, come si sa, nel d.lgs. 50711999 ([109]).

2) Il secondo criterio, sempre in ordine di vincolatività, previsto all'art. 15 comma 3 lett. *c*) 1. 468/1999, era quello secondo il quale potevano essere inseriti in elenco solo reati che non rientrassero nell'ambito delle violazioni finanziarie owero in taluna delle materie indicate nell'art. 34 1. 68911981. Sono state quindi sottratte al giudice di pace le violazioni concernenti numerosi e significativi settori (si pensi, in particolare, alla materia delle armi, munizioni e esplosivi, nonché alle materie urbanistica ed edilizia, ambientale, giuslavoristica, antinfortunistica). Come è stato sottolineato, mediante il criterio in questione il legislatore delegante si era prefisso di esonerare il giudice onorario da ogni intervento in campi normativi di particolare attualità e delicatezza, aventi ad oggetto beni prevalentemente sovraindividuali la cui tutela postula, in capo all'organo giudicante, cognizioni specifiche e altamente "tecniche" ([110]). Sotto questo profilo, appare evidente come l'idea di giudice di pace sottesa al criterio in questione costituisse l'esatto opposto rispetto al "modello forte" di giudice onorario di investitura popolare prospettato negli anni '70 ([111]).

3) In base al terzo criterio — rinvenibile nella seconda parte della lett. b) del comma 3 dell'art. 15 1.46811999 — la competenza del giudice di pace risultava circoscritta a quei reati previsti nella legislazione complementare per i quali è possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose, anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno". Al riguardo, pur riconoscendosi al criterio in questione un grado di vincolatività lievemente inferiore a quello dei precedenti, in ragione del tendenziale margine di imprecisione rinvenibile nell'espressione "eliminazione delle conseguenze dannose", appare tuttavia chiaro come l'attitudine selettiva insita in detto criterio risulti nient'affatto marginale. Ove interpretato alla lettera, infatti,

---

quest'ultimo limite edittale massimo va verosimilmente ricercata nella consapevolezza del delegante in ordine alla sostanziale irrazionalità delle scelte sanzionatorie operate nell'ambito della legislazione complementare: Irrazionalità che diviene massima quando viene in gioco la pena pecuniaria, stante la scarsa attenzione prestata dal legislatore agli specifici problemi di quantificazione posti dalla pena in questione (su questo specifico punto cfr., volendo, BERNARDI, La pena pecuniaria in Italia e Francia, e *l'esigenza* di una sua *armonizzazione* a livello europeo, in Riv. *it.* dir. e proc. pen., 1990, p. 242 ss.)

([109]) In relazione a tale processo cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia, in Indice pen., in corso di pubblicazione.

([110]) Cfr., in particolare, DI GIOVINE, Giudice di pace *e* legislazione penale complementare, cit., c. 319; NAPOLEONI, Nuova disciplina per il giudice di pace e delega *al* Governo in materia di *competenza* penale — *c*) *la* competenza penale, cit., p. 163.

([111]) Cfr., supra, *sub* par. 2, nt. 23.

quest'ultimo avrebbe inibito al giudice di pace la cognizione di tutti i reati di pericolo, in quanto per l'appunto non produttivi di un danno in senso stretto; così come, a fortiori, avrebbe inibito la cognizione dei reati meramente formali (reati ostacolo, reati di sospetto, reati di mera disobbedienza), dei quali peraltro la legislazione complementare è letteralmente infarcita.

4) Infine, ai sensi del quarto e ultimo criterio in ordine di vincolatività — previsto nella prima parte della lett. b) del comma 3 dell'art. 15 l. 468/1999 — avrebbero potuto essere devoluti al giudice di pace solo "reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative" e per i quali non sia necessario procedere, almeno di regola, "ad indagini o a valutazioni complesse in fatto o in diritto".

Tenuto conto del fatto che precalcolare gli ostacoli interpretativi posti da una norma penale è cosa tutt'altro che agevole, e che "l'assenza di difficoltà sul terreno dell'accertamento del fatto non è facilmente definibile a priori" ([112]), si trattava all'evidenza di un criterio alquanto elastico, capace dunque di attribuire un notevole spazio di manovra al legislatore delegato. In ogni caso, stante l'elevato tecnicismo di larga parte della legislazione complementare; stante la tendenza a fare in tale legislazione un frequente uso di tecniche normative sovente assai ostiche per l'interprete (si pensi al ricorso alle c.d. clausole sanzionatorie, alle tecniche elencative a carattere esemplificativo e a talune particolari forme di rinvio, quali il rinvio generico, il rinvio in blocco, il rinvio a catena) ([113]); stante infine e più in generale la ben nota sciatteria redazionale di molte disposizioni penali extracodicistiche, il criterio in oggetto tendeva a comprimere ulteriormente la competenza del giudice di pace, precludendogli in linea di principio la cognizione di non poche delle fattispecie penali eventualmente sopravvissute alla selezione operata sulla base dei tre precedenti criteri.

Si può quindi affermare che, a causa delle stesse caratteristiche di fondo della massima parte delle fattispecie penali contenute nella legislazione complementare, nonché a causa del combinato disposto dei quattro criteri or ora passati in rassegna, il ruolo attribuito al legislatore delegato in sede di individuazione dei reati extra codicem appariva assai ingrato. A costui si offrivano, in buona sostanza tre diverse, possibili opzioni: non esercitare la delega, per evitare di dare vita a un elenco formato da un numero assolutamente irrisorio di reati, per di più nella massima parte dei casi verosimilmente estranei ai "settori penali nei quali può meglio esprimersi la vocazione

---

([112]) SCALFATI, Primi rilievi *sull'attribuzione* della competenza penale al giudice di pace, cit., p. 231.

([113]) In ordine ai rischi connessi, sul piano dell'interpretazione, alle clausole sanzionatorie, a talune tecniche elencative e alla tecnica del rinvio cfr., in generale e per tutti, PALAZZO, Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in Cass. pen., 1987, p. 236 ss.

conciliativa del giudice onorario" ([114]); esercitare la delega introiettando nelle proprie scelte selettive lo spirito di cautela manifestato dal delegante, con il rischio però di attribuire a tale giudice ambiti di competenza del tutto insignificanti; svolgere il proprio lavoro di cernita con atteggiamento sì rispettoso dei vincoli legali imposti dalla l. 468/1999, ma senza interpretare in modo stringente i criteri di delega, così da redigere un catalogo di reati *extra codicem* dotato di una qualche significatività. Come si è già anticipato, e come meglio vedremo nel paragrafo seguente, il Governo ha optato per questa terza soluzione. E ciò nel tentativo di non precludere di fatto al giudice di pace una qualche competenza nell'ambito della legislazione penale complementare ([115]), e anche a costo di snaturare, almeno in parte, i peculiari profili di tale organo giurisdizionale.

8. *L'interpretazione in chiave "estensiva" dei principi e criteri direttivi da parte del legislatore delegato.*

La volontà del legislatore delegato di valorizzare al massimo il ruolo del giudice di pace anche in taluni settori penali non coperti da norme codicistiche emerge, invero, dalla chiave di lettura offerta da tale organo legislativo a ognuno dei succitati canoni selettivi.

1) Per quanto concerne innanzitutto il criterio formale costituito dal limite edittale massimo della pena detentiva, ferma restando la scarsa discrezionalità connessa all'utilizzazione di un siffatto filtro selettivo, il legislatore delegato ha utilizzato, al fine di allargarne quanto più possibile le maglie, i silenzi del delegante in ordine ai limiti edittali massimi di pena pecuniaria. Si è quindi deciso di non awalersi del meccanismo di ragguaglio fra pena pecuniaria e pena detentiva previsto dall'art. 135 c.p., con il risultato di non fissare in via interpretativa un limite alla comminatoria di multa o ammenda oltre il quale fosse preclusa la competenza del giudice di pace.

Tuttavia, la scelta di non sottrarre alla cognizione di tale giudice quei reati puniti con una pena pecuniaria che, in sede di ragguaglio, si traduca in una pena detentiva superiore a quattro mesi, avrebbe potuto produrre, in taluni casi, esiti palesemente irragionevoli. Mentre infatti per i reati demandati alla cognizione del giudice onorario originariamente puniti con una pena detentiva massima inferiore o uguale a quattro mesi non potrebbe comunque essere applicata una pena pecuniaria eccedente il limite di cinque milioni di lire (cfr. art. 16, comma 1, lett. *a*, l. 468/1999), per i reati affidati alla

---

([114]) Bronzo, Gallucci, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 48.

([115]) Cfr., tra gli altri, Di Giovine, Giudice di pace e legislazione penale *complementare*, cit., c. 317 ss.; Riviezzo, La persona *offesa* protagonista *del* processo davanti al giudice di pace, cit., p. 8.

competenza di tale giudice puniti con la sola pena pecuniaria non sarebbe risultato operante tale limite, nonostante la loro presumibile minore gravità rispetto ai primi. Né, al riguardo, il legislatore delegato avrebbe potuto provvedere di sua iniziativa a correggere verso il basso gli originali compassi edittali pecuniari, dato che una siffatta operazione — ancorché forse in astratto giustificata dal verosimile maggior coefficiente di certezza e di prontezza proprio delle sanzioni applicate dal giudice di pace (l[i6]) — non sarebbe risultata coperta dalla delega ([117]). Per evitare quindi sperequazioni macroscopiche (non adeguatamente eliminabili attraverso il ricorso alle sanzioni paradetentive previste in via alternativa dall'art. 52 comma 2 d.lgs. 27412000 limitatamente ai reati originariamente puniti con pena detentiva in via alternativa, esclusiva o cumulativa) il legislatore delegato ha saputo porre un adeguato limite alla propria tendenza ad estendere gli ambiti di competenza del giudice di pace, escludendo comunque dal catalogo taluni reati puniti con pene pecuniarie particolarmente elevate.

2) Per quanto concerne poi il criterio in base al quale devono essere preclusi alla cognizione del giudice di pace i reati che non entrano nell'ambito delle violazioni finanziarie, owero in talune delle materie indicate nell'art. 34 1. 68911981, il legislatore delegato — a riconferma della sua attitudine a potenziare piuttosto che sminuire il ruolo penale del giudice onorario — ha ritenuto di escludere dalla competenza di quest'ultimo solo le materie richiamate nella loro interezza dall'articolo in questione. Ove invece detto articolo faccia riferimento a singole disposizioni concernenti specifiche materie, il delegato ha in linea di principio scelto di precludere alla cognizione del giudice di pace solo le disposizioni menzionate, e non anche

---

([116]) Sulla maggior prontezza e certezza delle pene irrogate dal giudice di pace in ragione dell'esclusione rispetto ad esse dell'istituto della sospensione condizionale della pena cfr., per tutti, BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione.* Riunione e separazione, cit., p. 49; FORLENZA, *Il* rischio *dell'effettività* della pena, in Guida al diritto, 21 ottobre 2000, n. 38, p. 141 ss. Vero è però che tale esclusione risulta giustificata dalla finalità conciliativa della giurisdizione penale onoraria, in base alla quale "l'approdo dell'irrogazione della sanzione dovrebbe auspicabilmente costituire un esito "eccezionale", derivante dall'insuccesso di tutti i numerosi meccanismi destinati a favorire una definizione anticipata del processo" (Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 73). Sottolinea la solo apparente profonda distanza esistente tra gli orientamenti legislativi manifestatiti dalla diversa disciplina della sospensione condizionale in relazione alle pene irrogate dal giudice di pace ovvero dal giudice ordinario PALAZZO, *La* sospensione condizionale tra giudice di pace e riforma del codice penale, in Dir. pen. proc., 2000, p. 1557 ss.

([117]) Cfr., al riguardo, le osservazioni di DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 319. Ed infatti, ai sensi del comma 1 dell'art. 52 d.lgs. 27412000, "Ai reati attribuiti alla competenza del giudice di pace per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda continuano ad applicarsi le sole pene pecuniarie vigenti".

quelle ignorate dall'art. 34, relative a tali specifiche materie ([118]). Così, ad esempio, in materia sanitaria, il legislatore delegato ha attribuito al giudice onorario sia il reato previsto dall'art. 17 comma 31.4 maggio 1990, n. 107 in tema di attività trasfusionali di sangue umano, sia quello indicato dall'art. 10 comma 1 d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 507 in tema di dispositivi medici impiantabili attivi: e ciò, nonostante che l'art. 34 1. 68911981 faccia espresso riferimento a talune norme in materia sanitaria.

3) Il criterio in base al quale possono essere devoluti alla competenza del giudice di pace solo reati rispetto ai quali sia possibile "l'eliminazione delle conseguenze dannose [...], anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno" è forse quello che più di ogni altro ha impegnato il legislatore delegato in un'attivita interpretativa tesa a non precludere *in toto* a tale giudice la cognizione di fattispecie previste dalla legislazione complementare. In effetti, un'interpretazione letterale di tale criterio avrebbe imposto di circoscrivere la cernita degli illeciti penali da inserire nell'apposito elenco ai soli reati di danno che ammettano una *restitutio in pristinum* o che comunque consentano un'adeguata attività risarcitoria; corrispondentemente, avrebbe imposto di escludere dal catalogo sia i reati produttivi di conseguenze dannose ineliminabili sia i reati di pericolo o formali, come tali non produttivi di esiti lesivi da rimuovere.

Sennonché una siffatta interpretazione, se da un lato avrebbe indubbiamente ribadito la "naturale" vocazione del giudice di pace alla mediazione dei conflitti interpersonali, dall'altro lato avrebbe impegnato il legislatore delegato in una ricerca dall'esito negativo pressoché scontato, in ragione della carenza nella legislazione complementare di reati di danno eliminabile o risarcibile conformi ai due precedenti criteri.

Questo risultato sconfortante (oltreché verosimilmente non previsto né voluto dal legislatore delegato) poteva essere evitato in due soli modi:

a) interpretando estensivamente e atecnicamente l'espressione "eliminazione delle conseguenze dannose", sino a renderla equivalente all'espressione "rimozione degli effetti eliminabili". In tal modo si sarebbero potuti considerare conformi al criterio in esame taluni reati formali o di pericolo che ammettono comportamenti in forma di "controcondotta" atti a produrre l'elisione delle situazioni illecite penalmente vietate ([119]) (si pensi ad esempio,

---

([118]) Cfr. Di Giovine, *Giudice di pace e legislazione penale complementare*, cit., c. 318. Cfr., altresì, Riviezzo, *La persona offesa protagonista del processo davanti al giudice di pace*, cit., p. 8.

([119]) Attraverso tale particolare lettura dell'espressione in esame si giungerebbe così all'individuazione di una particolare categoria di fattispecie definibili "a offesa reintegrabile", in quanto atte a consentire il ripristino della situazione precedente alla violazione. Sul punto cfr. Di Giovine, *Giudice di pace e legislazione penale complementare*, cit., c. *320*. Sulla presunta compatibilità dello schema del reato di pericolo con "condotte di tipo *lato sensu* riparatorio" cfr., in senso adesivo, *Relazione al D.lgs. sul giudice di pace penale*, cit., p. 39.

in relazione all'art. 3 del d.P.R. 4 agosto 1957, n. 918, all'ottenimento tardivo dell'autorizzazione e/o dell'approvazione necessarie, rispettivamente, alla costruzione e funzionamento di un rifugio alpino e/o alla custodia dello stesso). Tale soluzione, tuttavia, oltre che criticabile sul piano strettamente interpretativo, si sarebbe rivelata tendenzialmente insoddisfacente sul piano politico-criminale: in tal modo sarebbero stati infatti esclusi giocoforza dal catalogo tutti i reati formali o di pericolo non passibili di comportamenti *lato* sensu riparatori o risarcitori, ancorché puniti con pene pecuniarie o detentive non superiori a quattro mesi, non rientranti nelle materie di cui all'art. 34 1. 689/1981 nonché — come vedremo in seguito — privi di difficoltà interpretative e non abbisognevoli di indagini complesse.

b) circoscrivendo in via ermeneutica l'ambito applicativo del requisito costituito dall'eliminabilità delle conseguenze lesive ai soli reati di danno, così da ammettere la competenza del giudice di pace anche in ordine a reati formali o di pericolo che non ammettano forme, sia pur improprie, di rimessione in pristino, reintegrazione, riparazione, risarcimento del danno.

Questa seconda soluzione interpretativa da un lato si rivela, rispetto alla precedente, dotata di effetti estensivi ancora più radicali, dall'altro lato appare confortata da argomenti per molti aspetti più persuasivi di quelli posti a supporto della prima, cioè su argomenti facenti leva sia sui principi di proporzione e ragionevolezza della risposta punitiva, sia sull'esigenza di sistematicità e coerenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 15 1. 468/1999.

Con specifico riferimento ai principi di proporzione e ragionevolezza sanzionatoria, occorre infatti sottolineare come la complessiva disciplina punitiva prevista per gli illeciti devoluti alla competenza del giudice onorario risulti per alcuni aspetti più favorevole di quella in precedenza dettata per gli illeciti in questione. Si sarebbe dunque rivelato per certi versi incongruo escludere a priori dall'elenco e dai relativi benefici sul piano sanzionatorio tutti i reati formali o di pericolo per il solo fatto di non consentire l'eliminazione delle conseguenze dannose, sebbene questi illeciti risultino in linea di massima meno gravi di quelli di danno ([120]).

Con riferimento poi all'esigenza di sistematicità e coerenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 15 l. 46811999, merita di essere sottolineato che lo stesso legislatore delegato aveva provveduto ad attribuire direttamente alla cognizione del giudice di pace talune fattispecie formali o di pericolo preclusive di qualsiasi forma di riparazione o risarcimento (si pensi, in particolare, agli artt. 689, 690, 691, 726 c.p.). Una volta quindi disatteso già in ambito codicistico il molo puramente "conciliativo" del giudice onorario, sino a riconoscergli una competenza estesa a reati radicalmente estranei ad

---

([120]) Cfr. Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 40. In dottrina, in particolare e per tutti, DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 321.

ogni forma di microconflittualità interpersonale, sarebbe risultato difficilmente spiegabile un atteggiamento più rigoroso in relazione ai reati previsti nelle leggi speciali.

Il legislatore delegato ha optato dunque per la seconda soluzione interpretativa, in modo da poter devolvere alla cognizione del giudice di pace anche taluni reati formali e di pericolo previsti in leggi speciali. Qui basti accennare al fatto che, ad esempio, in tale catalogo è stato inserito l'art. 186 comma 6 del nuovo codice della strada, nel quale si sanziona la violazione formale consistente nel rifiuto di sottoporsi all'accertamento di un eventuale stato di alterazione psico-fisica del conducente del veicolo; così come sono stati inseriti gli artt. 1119 del codice della navigazione e 186 cornma 2 del nuovo codice della strada, attraverso i quali si tendono a prevenire e punire, rispettivamente,i comportamenti pericolosi del componente dell'equipaggio che durante un servizio attinente alla sicurezza della navigazione si addormenta, e del soggetto che guida in stato di ebbrezza.

4) Anche l'ultimo e più discrezionale criterio selettivo — in base al quale, come si ricorderà, possono essere devoluti alla competenza del giudice di pace "reati per i quali non sussistono particolari difficoltà interpretative e non si impongono indagini o valutazioni complesse in fatto o in diritto" — è stato interpretato dal legislatore delegato in modo tendenzialmente estensivo, o comunque non particolarmente rigoristico. Ciò è dimostrato, ad esempio, dal fatto che sono state inserite in elenco anche talune fattispecie penali attuative del diritto comunitario, le quali possono talora rivelarsi portatrici di imprevisti quanto complessi problemi interpretativi, stanti i non agevoli rapporti di integrazione tra la legislazione interna e la normativa CE. Certamente, l'atteggiamento assunto dal delegato in relazione a tale criterio può essere stato determinato da una pluralità di ragioni. Si pensi, innanzitutto, al fatto di voler "valorizzare" al massimo la figura professionale del giudice di pace, nonché a quello di voler far dipendere quanto meno possibile l'ammissione alla disciplina di favore prevista per i reati di competenza di tale giudice da valutazioni a carattere eminentemente processuale. Da valutazioni, cioè, inidonee a giustificare, sul piano retributivo così come su quello preventivo, un trattamento sanzionatorio diverso sul piano dell'afflittività per fatti eventualmente connotati da un livello di disvalore tendenzialmente omogeneo.

Vero è tuttavia che il legislatore delegato non ha del tutto eluso questo criterio (come viceversa gli sarebbe forse stato possibile, tenuto anche conto del notevolissimo livello di elasticità di quest'ultimo), limitandosi piuttosto a renderlo decisivo solo nei casi in cui le difficoltà interpretative o probatorie adombrate da talune fattispecie incriminatrici avrebbero potuto risultare *icto oculi* esorbitanti rispetto ai profili professionali del giudice di pace. Così, ad esempio, si è ritenuto di escludere dalla competenza di detto giudice l'art. 189 comma 4 del testo unico delle leggi sanitarie, in quanto tale norma presuppone un'indagine su di una normativa talmente stratificata da suscitare, con

ogni probabilità, non facili problemi di natura interpretativa. Analogamente, la particolare complessità della materia dei brevetti ha sconsigliato l'inserimento nel catalogo del reato di cui all'art. 88 r.d. 29 giugno 1939, n. 1127.

9. *Su taluni specifici problemi affrontati dal legislatore delegato per la selezione delle fattispecie penali devolute alla cognizione del giudice di pace.*

Nello stilare l'elenco delle norme incriminatrici da devolvere alla competenza del giudice di pace, il legislatore delegato ha dovuto affrontare taluni problemi diversi e ulteriori rispetto a quelli in precedenza passati in rassegna nell'ambito dell'esame dei criteri selettivi previsti dalla l. 46811999.

a) In primo luogo, l'immissione nel catalogo di talune fattispecie è stata ostacolata dall'incertezza esistente in dottrina e/o giurisprudenza circa la loro avvenuta abrogazione o depenalizzazione. Così, non sono state inserite in elenco alcune norme penali a carattere bagatellare in materia di migrazione (art. 68 lett. *c* e *m* r.d.l. 13 novembre 1919, n. 2205 e art. 10 l.24 luglio 1930, n. 1278), da ritenersi verosimilmente non più in vigore. Parallelamente, non sono stati devoluti al giudice di pace il reato di cui all'art. 1 comma 4 d.lgs. 29 luglio 1947, n. 804 in tema di istituti di patronato, punito con pena detentiva solo in caso di recidiva, e dunque depenalizzato soltanto ove la recidiva non sia considerata quale circostanza aggravante atta a rendere operativo il limite alla depenalizzazione previsto dall'art. 32 comma 2 l. 6891 1981. Problemi analoghi hanno inoltre sconsigliato l'inserimento in elenco degli artt. 188 comma 1 e 265 *bis* comma 2 del Testo unico delle leggi sanitarie del 1934.

b) In secondo luogo, a più riprese si è posto il problema se demandare al giudice di pace fattispecie destinate verosimilmente a concorrere con norme incriminatrici di competenza del giudice ordinario. Esemplare, al riguardo, l'art. 3 comma 1 l.2 aprile 1968, n. 475, volto a punire l'apertura o l'esercizio di una farmacia senza la prescritta autorizzazione, e votato il più delle volte a concorrere col reato di esercizio abusivo di una professione (art. 348 c.p.). Altrettanto esemplare l'art. 9 comma 3 l. 5 febbraio 1992, n. 175 in tema di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie, che già nel relativo testo rivela la propria predisposizione a venir contestato in concorso con altri reati ([121]). Frenando la ricordata tendenza ad estendere gli ambiti cognitivi del giudice di pace, il legislatore delegato ha in linea di massima privilegiato la soluzione di non inserire in elenco quelle

([121]) In base a tale norma "La violazione delle disposizioni di cui al comma 2 è punita, anche in aggiunta alle sanzioni applicabili ove il fatto costituisca più grave reato, con una ammenda pari al valore dei beni forniti, elevabile fino al doppio in caso di recidiva".

norme incriminatrici di cui appaia evidente la convergenza con fattispecie devolute al giudice ordinario.

c) Infine, e soprattutto, spinosa si è rivelata la scelta se collocare nel catalogo previsto all'art. 4 comma 2 d.lgs. 274/2000 talune fattispecie più o meno strettamente ricalcate su norrne codicistiche non attribuite alla competenza del giudice di pace, e dirette a punire, volta a volta, la mancata esecuzione, l'inosservanza o il rifiuto da parte del reo di adempiere ai prowedimenti o alle richieste provenienti, a seconda dei casi, dal giudice, dall'Autorità ovvero da un pubblico ufficiale o da una persona incaricata di un pubblico servizio (cfr. in particolare, gli artt. 388, 650, 652 c.p.) .

Il problema si è posto, ad esempio, con riferimento all'art. 7 comma 9 d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 in materia di pubblicità ingannevole, che evoca lo schema dell'art. 388 c.p. In questo caso, il diverso tenore complessivo delle due norme e l'assai differente livello di disvalore dei comportamenti da esse evocati hanno comunque indotto il delegato a inserire in elenco tale norma di fonte complementare, nonostante la delicatezza di talune valutazioni da essa imposte in sede applicativa ([122]).

Anche se hanno portato a un esito opposto, riflessioni almeno in parte analoghe ha suscitato l'art. 258 comma 3 del testo unico delle leggi sanitarie del 1934. A favore dell'esclusione dal catalogo di tale fattispecie ha infatti giocato la sua strettissima somiglianza con l'art. 652 c.p., non inserito dal legislatore delegante tra le fattispecie codicistiche di cui all'art. 4 comma 1 d.lgs. 27412000.

In ogni modo, la questione centrale, in ragione del numero delle norme coinvolte, è stata quella se inserire nell'apposito elenco le fattispecie penali improntate allo specifico modello dell'art. 650 c.p. in tema di inosservanza dei prowedimenti dell'autorità. Al riguardo, il delegato era chiamato a confrontarsi con una pluralità di soluzioni diverse per plausibilità e risultato. In primo luogo, si sarebbe potuto reputare che la mancata riconduzione di tale articolo all'interno delle fattispecie codicistiche esplicitamente demandate dal legislatore delegante alla competenza del giudice di pace imponesse un analogo atteggiamento di rifiuto da parte del legislatore delegato nei confronti delle fattispecie strutturalmente simili. In secondo luogo, da una angolazione diversa ma con identico esito, si sarebbe potuto ritenere che il sindacato sulla legittimità dell'ordine, imposto dalle fattispecie in questione, per la sua verosimile complessità sconsigliasse comunque l'inserimento di tali norrne nell'elenco di cui all'art. 4 comma 2 d.lgs. 27412000. In terzo luogo,

---

([122]) Per una critica all'attribuzione al giudice di pace della competenza relativa alla fattispecie in questione, a causa della difficile valutazione della legittimità dei prowedimenti di urgenza, o inibitori, o di rimozione degli effetti, di cui detta norma sanziona l'inottemperanza cfr. BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 52.

in una prospettiva destinata a produrre risultati opposti, si poteva essere indotti a presumere che il carattere "speciale" delle fattispecie strutturalmente ispirate alla norma "madre" rinvenibile all'art. 650 c.p. implicasse un più agevole accertamento degli elementi costitutivi delle relative violazioni, suggerendo così — *a contrariis* — di prevedere in relazione ad esse quella competenza del giudice di pace viceversa esclusa rispetto all'art. 650 c.p. in ragione della genericità e vastità dei campi di materia richiamati in quest'ultimo ([123]). In quarto luogo, e infine, era lecito presupporre che le difficoltà interpretative proprie delle fattispecie "speciali" ricalcate sul modello dell'art. 650 c.p. risultassero tutt'altro che di analogo livello, in quanto significativamente condizionate da talune variabili, quali innanzitutto le materie toccate da ciascuna fattispecie, il grado di tassatività delle singole norme incriminatrici, il tipo e il livello di conoscenze tecniche da esse presupposte in capo all'organo giudicante: con conseguente necessità di valutare caso per caso in ordine all'opportunità di devolvere alla cognizione del giudice di pace le fattispecie in questione.

Come specificato nella relazione di accompagnamento, in virtù della sua maggiore plausibilità e ragionevolezza l'ultima delle soluzioni qui tratteggiate è stata quella preferita dal legislatore delegato, il quale ha finito così per selezionare meticolosamente, tra le varie ipotesi di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, quelle che apparivano almeno *prima facie* prive di particolari difficoltà interpretative ([124]).

10. Note in margine al catalogo delle fattispecie penali "accessorie" previsto dall'art. 4 d.lgs. 274/2000.

Nel corso dei precedenti paragrafi si è avuto modo di sottolineare come solo erodendo al massimo la valenza selettiva insita in taluni dei criteri previsti all'art. 15 comma **3** 1. 46811999 il legislatore delegato è riuscito a inanellare nell'art. 4 comma 2 d.lgs. 27412000 un numero se non notevole, quantomeno non del tutto irrisorio di fattispecie di diritto penale complementare devolute alla competenza del giudice di pace.

A lasciare perplessi, tuttavia, non è tanto la modesta ampiezza del catalogo, quanto, per così dire, la scarsa caratterizzazione e significatività di queste ultime. Elementi, questi, dovuti non già alla scelta di dilatare quanto più possibile le maglie dei criteri previsti dalla delega, ma semmai alla scarsa

---

([123]) Cfr., al riguardo, le osservazioni di DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 322.

([124]) Cfr. Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 39. In dottrina cfr., in particolare, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 51 ss.; DI GIOVINE, Giudice di pace e legislazione penale complementare, cit., c. 321 ss.

"compatibilità" esistente tra i suddetti criteri e il pur vasto campionario di fattispecie incriminatrici offerto dalla legislazione speciale. In altre parole, si può forse dire che la legge delega non dettava criteri tali da consentire l'individuazione di un catalogo di norme incriminatrici tendenzialmente omogenee sul piano strutturale e/o politico-criminale, capaci di riflesso di conferire, in materia penale, profili univoci e coerenti al giudice onorario. Una indagine delle n o m e incriminatrici selezionate si traduce, invero, nella lettura di una serie di fattispecie eterogenee costruite in chiave di pericolo se non addirittura di mera disobbedienza, poste di frequente a salvaguardia di funzioni amministrative, contenute in testi normativi varati nell'arco di quasi settant'anni e incidenti sulle più diverse materie (circolazione stradale, commercio, elezioni e referendum, ferrovie, lotto e lotterie, navigazione, pubblicità ingannevole, rifugi alpini, sicurezza pubblica, sanità pubblica, ecc.). Certamente, questa sensazione di eterogeneità non risulta adeguatamente neutralizzata dal comma 3 dell'art. 4 d.lgs. 274/1999, in base al quale la competenza per tutti i reati elencati nei primi due commi di tale articolo permane in capo al tribunale nei casi in cui in relazione ai suddetti reati ricorra una o più delle circostanze ad effetto speciale in tema di terrorismo, mafia, discriminazioni razziali. È chiaro infatti che la sussistenza di tali circostanze implica realtà criminologiche estranee alle competenze del giudice di pace e alle relative logiche processuali e sanzionatorie.

Naturalmente, l'assenza di omogeneità di tali norme può alimentare talune critiche circa l'opportunità delle scelte effettuate. Così, da un lato non si è mancato di sottolineare come in relazione a certe norme incriminatrici a carattere formale inserite in elenco sarebbe risultato senz'altro più logico e conveniente operare nel senso di una loro drastica depenalizzazione ([125]); dall'altro lato si è avuto modo di recriminare sulla devoluzione al giudice di pace di reati che, per la loro particolare natura, avrebbero a giudizio di taluno meritato di continuare a essere sanzionati con gli strumenti punitivi a disposizione del giudice togato.

Quest'ultima critica ha riguardato, in particolare, le uniche fattispecie del catalogo realmente significative a livello statistico, e dunque capaci di implicare un'effettiva deflazione del carico giudiziario ([126]). Si allude, beninteso, agli artt. 186 commi 2 e 6, 187 commi 4 e 5 e 189 comma 6 del nuovo codice della strada, volti rispettivamente a punire la guida in stato di

---

([125]) Cfr. ad esempio, con specifico riferimento alle violazioni formali di cui agli artt. 25 e 62 r.d. 77311931 in materie di cerimonie e pratiche pubbliche non preavvisate (ma anche al reato di pericolo di cui all'art. 1119 del r.d. 327/1942 relativamente all'ipotesi del componente dell'equipaggio che si addormenta, BALDUCCI, *Il giudice di pace. Competenza penale, un modello da seguire*, in www.cittadinolex, p. 2.

([126]) Sul punto cfr. PISA, *Un diritto penale mite*, cit., p. 16.

ebbrezza, la guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti e il mancato rispetto dell'obbligo di fermarsi in caso di incidente stradale ([127]). Sennonché, anche a prescindere dal fatto che ancora in tempi recentissimi i suddetti artt. 186 e 187 parevano destinati alla depenalizzazione (poi evitata grazie a un emendamento del progetto sfociato nella legge 20511999) ([128]), una volta accettata la devoluzione al giudice di pace dei fatti lesivi a carattere colposo derivanti dai suddetti comportamenti (artt. 582 e 590 c.p.) ([129]), non dovrebbe certo destare scalpore la devoluzione allo stesso giudice di taluni comportamenti pericolosi atti a favorire tali fatti lesivi. In realtà, l'unico argomento capace di giustificare l'attribuzione al giudice di pace del reato di lesioni colpose e non anche degli illeciti penali or ora ricordati in materia di circolazione stradale risiede nel carattere "interindividuale" del primo e nell'assenza nei secondi di quelle "conseguenze dannose eliminabili" costituenti, in base alla lettera dell'art. 15 comma 3 lett. b) 1. 46811999, uno dei requisiti necessari alla competenza del giudice onorario. Al riguardo, si è però già avuto modo di osservare che il legislatore delegato ha deciso di circoscrivere l'ambito d'operatività di tale criterio ai soli reati di danno, in modo da non precludere l'immissione nel catalogo di reati privi di evento lesivo.

A questo punto, per tutti i reati formali e di pericolo selezionati dal legislatore delegato, si pone comunque il problema relativo all'individuazione delle condotte riparatorie atte a consentire l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 27412000. Al riguardo, si può osservare come i comportamenti riconducibili nel novero di tali condotte possano variare significativamente a seconda dell'interpretazione data al comma 1 di tale articolo, in forza del quale il reato può essere dichiarato estinto "quando l'imputato dimostra di aver proceduto (...) alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato". In estrema sintesi, due sembrano le possibili letture del comma in questione: in base alla prima, a carattere più tecnico, queste condotte riparatorie potrebbero sussistere solo in relazione a un reato di danno, con conseguente impossibilità per l'autore di beneficiare dell'estinzione del reato ex art. 35 in caso di commissione di un illecito formale o di pericolo; in base alla seconda lettura, potrebbero essere considerate condotte *lato sensu* riparatorie non solo quelle atte ad eliminare il danno, ma anche

---

([127]) In particolare, manifestano perplessità in merito all'attribuzione degli artt. 186 e 187 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 alla competenza del giudice onorario BRONZO, GALLUCCI, *Competenza. Connessione. Riunione e separazione*, cit., p. 50-51.

([128]) Sul punto cfr., per maggiori dettagli, DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149)*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. *39*, p. 9.

([129]) Devoluzione, come si ricorderà, operata direttamente dall'art. 15 comma 1 della legge delega 46811999. Al riguardo cfr., *supra, sub* par. *5*.

quelle volte semplicemente a sanare la precedente situazione illecita, eventualmente anche mediante interventi di mera "regolarizzazione" (per esempio, attraverso l'ottenimento *ex post* dell'autorizzazione mancante).

Sebbene questa seconda interpretazione tenda a sottovalutare il fatto che nel testo dell'art. 35 le due condizioni consistenti nella "riparazione del danno cagionato" e nella " eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose" sono legate dalla congiunzione "e" anziché "o", essa appare tuttavia per certi versi preferibile alla prima, se non altro perché maggiormente in linea con la lettura data dal legislatore delegato al criterio selettivo della "eliminazione delle conseguenze dannose del reato" di cui all'art. 15 comma 3 lett. b) 1.4681 1999 (130). In base a tale interpretazione, l'istituto dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatone risulterebbe inutilizzabile solo in riferimento a quei reati rispetto ai quali nessun meccanismo risarcitorio si riveli possibile (si pensi, ad esempio, al già più volte ricordato reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186 comma 2 del nuovo codice della strada, ovvero al reato di cessione del proprio sangue a fini di lucro di cui all'art. 17 comma 31. 4 maggio 1990, n. 107). Rispetto a tali reati, dunque, potrebbe tutt'al più essere utilizzata — sussistendone i presupposti — l'ulteriore forrna di definizione alternativa del procedimento prevista dall'art. 34 d.lgs. 2741 2000, consistente nell'esclusione della procedibilita per la particolare tenuità del fatto (131).

Secondo taluno, peraltro, la soluzione interpretativa qui esaminata, se da un lato dilata lo spettro d'utilizzabilità dell'art. 35, dall'altro lato rischia di produrre una caduta dell'effetto deterrente connesso alle ipotesi alternative sanzione/riparazione, connesso cioè ai contenuti afflittivi propri non solo della prima ipotesi, ma anche della seconda. Al riguardo, è stato infatti sottolineato che mentre in relazione ai reati espressivi di forme di conflittualità interindividuale l'eliminazione delle conseguenze dannose (materiali e morali) può risultare, per la sua verosimile gravosità, tutt'altro che priva di efficacia intimidativa e risocializzativa, altrettanto non si verifica certo rispetto ai reati posti a tutela di funzioni amministrative, i quali sovente consentono meccanismi di riparazione in forma di mera "regolarizzazione" privi di significativi costi sul piano personale (132).

---

(130) Cfr., supra, sub par. 8, n. **3.**

(131) Come sottolineato dalla Relazione al *D.lgs.* sul giudice di pace penale, cit., p. 40, gli autori dei reati che non ammettano comportamenti a carattere riparatorio-ripristinatorio non potrebbero ritenersi irragionevolmente sperequati per mancata fruibilità del meccanismo estintivo previsto dall'art. 35 d.lgs. 27412000. Del resto, in relazione ad una situazione per molti aspetti analoga, la Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare che trattamenti legislativi differenziati possono risultare giustificati alla luce della diversa struttura del reato (sent. n. 205 del 28 maggio 1999).

(132) Cfr., al riguardo, BRONZO, GALLUCCI, Competenza. Connessione. Riunione e separazione, cit., p. 49.

Sennonché, l'opzione interpretativa volta ad ammettere la possibilità di porre in essere condotte *lato sensu* riparatorie anche in relazione a taluni reati di pericolo o di mera disobbedienza, pur presentando indiscutibili margini di opinabilità, non sembra poter essere efficacemente contrastata con argomenti fondati sulla eventuale irrisorietà della contropartita richiesta al reo per fruire della causa estintiva prevista dall'art. 35. Infatti, in base al comma 2 di tale norma, "il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitone e riparatone idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione" (133). La possibilità per il giudice di valutare discrezionalmente la congruità delle condotte riparatone in chiave sia retributiva sia preventiva ai fini della dichiarazione di estinzione del reato potrebbe quindi consentirgli di bilanciare la diluizione in via ermeneutica delle condizioni poste dal comma 1 della norma in oggetto, disinnescando taluni possibili effetti negativi connessi all'estensione di queste ultime a fattispecie non produttive di danni in senso proprio.

In definitiva, sembra di poter dire che, nel più generale quadro delle competenze penali del giudice di pace, il catalogo di reati tratti dalla legislazione penale complementare costituisce il prodotto di criteri selettivi "pensati" con riferimento ad una figura di giudice mediatore difficilmente valorizzabile in ambito extracodicistico. Di qui, la difficoltà di selezionare fattispecie di fonte complementare consone ad un giudice prevalentemente votato alla conciliazione, e la conseguente scelta di inserire in elenco anche (soprattutto) fattispecie "eterodosse", purché beninteso espressive di forme di criminalità bagatellare, nonché tendenzialmente prive di difficoltà interpretative e valutative. L'esperienza applicativa consentirà di appurare se la cernita effettuata dal legislatore delegato — se le inclusioni e le esclusioni che caratterizzano l'elenco di cui all'art. 4 comma 2 d.lgs. 27412000 — sia conforme ai criteri di delega e, al contempo, ai canoni costituzionali di ragionevolezza.

11. *Considerazioni conclusive.*

L'esame sin qui effettuato del catalogo di reati di fonte codicistica e extracodicistica attribuiti alla competenza del giudice di pace sembra rafforzare il sospetto che, in materia penale, tale organo giurisdizionale costituisca, per così dire, l'ambigua risultante di due diversi modelli.

Il primo è quello, assai ben caratterizzato, del giudice conciliatore; cioè di un giudice deputato, almeno in prima battuta, a forme di composizione degli

(133) Sul punto cfr., *supra, sub* par. 5, nt. 89.

episodi di microconflittualità interindividuale, volte in particolare a incentivare e premiare condotte riparatorie estintive dell'allarme sociale e del bisogno collettivo di pena.

Il secondo modello è quello, assai più scontato e banale, del giudice delle "bagattelle criminali", sovente di così lieve entità concreta da non meritare l'esercizio dell'azione penale, e comunque tali da poter essere prevenute e punite attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori caratterizzati da un basso livello di afflittività.

Ancorché accomunate per taluni aspetti (quali la modesta gravità intrinseca delle violazioni e l'assenza di difficoltà nell'interpretazione della norma o nell'accertamento del fatto), le categorie di illeciti sottese a tali modelli di giudice onorario risultano tutt'altro che coincidenti. Vero è, però, che entrambe le categorie comprendono un numero di fattispecie potenzialmente maggiore di quello espresso dal complessivo catalogo rinvenibile all'art. 4 d.lgs. 274/2000 (134). In questo senso, nulla esclude che nel futuro, qualora in ambito penale il giudice di pace dia buona prova di sé, l'elenco dei reati ad esso devoluti possa essere adeguatamente ampliato.

In ogni caso — a meno di non evolvere verso una sorta di giurisdizione alternativa, per vero sin d'ora auspicata da una parte della dottrina (135) e a suo tempo vagliata con cura dalla stessa Commissione ministeriale per l'attuazione della delega in materia di competenza penale del giudice di pace (136) — il futuro del giudice di pace in ambito penale sembra destinato a due possibili esiti. Da un lato, a una progressiva caratterizzazione di tale organo in senso strettamente "pacificatorio", perseguita anche e soprattutto valorizzando meccanismi conciliativi del tipo di quelli previsti all'art. 29 comma 4 d.lgs. 27412000. Dall'altro lato, alla graduale perdita di tale tratto caratterizzante, conseguente all'attribuzione al giudice onorario di ulteriori, eterogenei gruppi di reati accomunati solo dalla loro presunta dimensione "bagatellare". In quest'ultimo caso, si verrebbe a realizzare una sorta di sotterranea prosecuzione di quel processo di depenalizzazione che, nelle sue modalità tradizionali, potrebbe forse essere prossimo al capolinea (137).

---

(134) Cfr., per talune future, possibili inclusioni all'interno dell'attuale catalogo, le puntuali esemplificazioni di PAPA, *La competenza penale del giudice di pace con riferimento ai reati previsti dal codice*, cit., par. **3**, *in fine*.

(135) In argomento cfr., diffusamente, DI GIOVINE, *Giudice di pace e legislazione penale complementare*, cit., c. **323**.

(136) Forme di giurisdizione alternativa dirette a offrire all'imputato la scelta se sottostare al giudizio del magistrato togato, con le garanzie ma anche con i rischi del caso, o se viceversa affidarsi al giudice di pace. Tale soluzione è stata peraltro scartata dalla Commissione, in quanto innanzitutto ritenuta esorbitante dai limiti della delega.

(137) E stato infatti ha più riprese sottolineato come il processo di deflazione penale realizzato dalla 1.20511999 e dai relativi decreti — avendo coinvolto numerose fattispecie a carattere anche delittuoso non di rado assoggettate a pene detentive sole, alternative o congiunte di notevole durata massima — abbia toccato traguardi per

Si verrebbe, in altre parole, ad offrire una risposta nuova a problemi antichi, resa eventualmente più credibile da un sia pur modesto potenziamento dell'arsenale sanzionatorio attualmente a disposizione del giudice di pace, nonché da alcuni ritocchi al relativo procedimento penale: ferme restando, naturalmente, quelle garanzie processuali che la nuova norrnativa prevede e che oggi risultano eccessivamente sacrificate in ambito amministrativo ([138]).

ABSTRACT

After some brief considerations regarding *giudice di pace's* jurisdiction as it was settled in the bills in Parliament put forward during the eighties and in 1.37411991, this essay analyses the crimes falling into the aforesaid judge's competence, according to 1. 20511999 and to d.lgs. 27412000.

In particular, after a short review of the Penal Code's crimes granted to *giudice di pace*, the attention is focused, firstly, on the principles and the guiding lines by means of which *extra codicem* offences entrusted to that judge are chosen; secondly, on the extensive interpretation of those principle adopted by the Italian Government, in order to set up an enough wide list of crimes; thirdly, on the further issues faced by the Governement while selecting the offences in matter. Finally, the role played by *giudice di pace* in the criminal field is considered in the light of his present jurisdiction.

Premessi alcuni brevi spunti sulle forme di competenza penale del giudice di pace previste nei progetti di legge degli anni '80 e nella legge 37411991, il lavoro si incentra sull'esame dell'elenco dei reati devoluti al giudice di pace di cui al d.lgs. 27412000.

In particolare, dopo una sintetica rassegna dei delitti e delle contravvenzioni di fonte codicistica attribuiti al giudice onorario, l'attenzione si sposta sui principi e criteri direttivi per la determinazione delle fattispecie penali *extra codicem* demandate a tale organo; sull'interpretazione estensiva data dal legislatore delegato a detti principi e criteri al fine di poter redigere un catalogo di fattispecie sufficientemente ampio; sugli ulteriori problemi affrontati da quest'ultimo per la selezione delle fattispecie in questione. Infine ci si interroga sui profili assunti dal giudice di pace in ambito penale, alla luce delle sue attuali competenze.

---

certi aspetti difficilmente superabili. Sul punto cfr., tra gli altri, BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., par. 11; DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l.* 25 *giugno* 1999, *n.* 205, *in G.U.* 28 *giugno* 1999, *n. 149)*, cit., p. 8; FIDELBO, *La nuova depenalizzazione*, relazione svolta al decimo convegno nazionale A.C.I. "Depenalizzazione e circolazione stradale" (Lucca, 24 giugno 2000), in corso di pubblicazione.

([138]) Al riguardo cfr., in particolare, TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir pen. proc.*, 2000, p. 931-932.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

ISABEL TRUJILLO PÉREZ

RAGIONI, DIRITTI E GIUSTIZIA (NON SOLO) PROCEDURALE

1. *Pluralismo e giustizia procedurale*

Il principale pregio di un'idea di giustizia procedurale, a livello intuitivo, è la sua compatibilità con concezioni sostanziali differenti, un pregio particolarmente prezioso nelle società multiculturali e pluraliste. Esse sono connotate da una diffusa richiesta di reciproco riconoscimento delle differenze che, a sua volta, rivela la convergenza di due istanze. La pretesa di riconoscimento, da un lato, attesta una diversificazione delle concezioni del bene, dei piani di vita e della specificità di plurali tradizioni culturali; dall'altro, essa esprime anche l'esigenza di un riscontro intersoggettivo, l'esigenza, in altre parole, che le diverse concezioni e tradizioni, possano in qualche modo comunicare. La condizione di ammissione alla comunicazione è data dal fatto che ciò che si propone possa essere argomentato con ragioni che reggano al vaglio del dialogo della comunità politica, del pubblico di cittadini. Ciò che è acritico (ogni posizione che non può essere esplicitamente argomentata) deve essere bandito perché incapace di contribuire alla "ricerca della verità". Oppure perché, in nome di una "verità assoluta" costituisce, com'è il caso dei dogmatismi e degli integralismi, una minaccia alla convivenza pacifica e civile e ostacola l'esigenza di comunicare che è alla base di una società protesa al riconoscimento reciproco. Le opinioni, le ipotesi, i programmi d'azione, le teorie etiche devono essere dunque disponibili all'argomentazione e al dialogo.

Parlare di ricerca della verità sembra però inappropriato. Si direbbe, infatti, che le teorie della giustizia procedurale consentano precisamente di fame a meno. In questo studio si vuole sostenere, invece, che le teorie della giustizia procedurale implichino una ridefinizione del concetto di verità e non la sua rimozione. Più precisamente, tali teorie incorporano un'idea di verità suscettibile di progressivi approfondimenti, compatibile con versioni

provvisorie, con tesi minimali, un'idea di verità, appunto, plurale, esito di una ricerca dinamica, più che una realtà oggettivabile, da scoprire, che si impone da sé per la sua evidenza. Com'è noto, lo scopo fondamentale delle teorie procedurali della giustizia consiste nel proporre modalità di individuazione di principi condivisibili nella sfera etico-politica, sulla base dei quali si debbano reggere le istituzioni politiche. In fondo si tratta di dimostrare che un giudizio, una convinzione, un'idea sono tanto più validi quanto meglio si possono spiegare o giustificare con "buone" ragioni, laddove "buone" ha un valore rafforzativo: sono tali le ragioni che si possono esplicitare e comunicare. La verità può essere definita come una modalità di relazione tra un giudizio, una convinzione o un'idea, e le ragioni che lo spiegano o lo giustificano. A noi interessa, owiamente, il tema della verità nella misura in cui ha un'incidenza nella riflessione sulla giustizia, In un certo senso, la giustizia è la verità del diritto e ciò si può sostenere sulla base della loro affinità in relazione alle ragioni. È peraltro un parallelismo classico (1), ripreso da Rawls in Una teoria della giustizia, una pietra miliare della riflessione sulla giustizia degli ultimi trent'anni: la giustizia sta alle istituzioni come la verità ai sistemi di pensiero (2).

Lo sfondo culturale dell'espansione delle teorie procedurali della giustizia può essere genericamente individuato nella trasformazione pluralista del dibattito etico. La centralità del carattere procedurale acquista senso in un contesto di pluralismo delle opinioni e di riconoscimento del primato dell'autonomia di giudizio dei soggetti. Il pluralismo, infatti, è concepito come "l'inevitabile risultato a lungo termine dei poteri della ragione umana, quando operano sullo sfondo di istituzioni libere e durature" (3). Tuttavia, il pluralismo può essere considerato un fatto esistenziale contingente, un dato di partenza e/o di arrivo, un fatto inevitabile, qualcosa di prezioso (4). Si tratta di due aspetti del problema: da un lato, il piano dei fatti, dall'altro, il piano dei valori. Al pluralismo "fattuale", che cioè prende semplicemente atto delle diverse posizioni che si riscontrano in determinate coordinate di spazio e di tempo, si può obiettare che, a rigore di logica, un'opinione empiricamente non rappresentata non

(1) Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1276a (a cura di C.A. Viano, Utet, Torino 1992).

(2) Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), a cura di S. Maffettone, Feltrinelli, Milano 1982, p. 21.

(3) J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), trad. di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Edizioni di Comunità, Milano 1994, p. 23.

(4) Cfr. M.C. NUSSBAUM, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca* (1986), trad. ital. e introd. di G. Zanetti, Il Mulino, Bologna 1996, pp. 59-60. Cfr. anche J. RAZ, *Multiculturalism*, in "Ratio Juris", 11, 3, 1998, pp. 193-205. Egli sostiene che "we should not think of multiculturalism *primarily* as an ethical or political theory, but as a way of marking a renewed sensitivity, a heightened awareness of certain needs people encounter in today's politica1 reality" (ivi, p. 197).

susciterebbe nessun'attenzione. Sul pluralismo di principio grava l'onere di fondare la dimensione assiologica (5) e l'eventuale irriducibilità a univocità normativa e linguistica delle sue espressioni, che giustificherebbe la non esaustività delle sue storiche formulazioni. D'altro lato, il pluralismo è osservabile dal punto di vista sociologico ed in quest'ultimo caso si manifesta nella forma del multiculturalismo, una categoria descrittiva che ben dà ragione delle società contemporanee e che ben giustifica l'assunzione di un paradigma procedurale, anche se nel multiculturalismo non c'è soltanto un riferimento ai plurali esiti della ragione, ma anche un richiamo al carattere comunitario del fenomeno della cultura e alla sua rilevanza nella formazione dei valori.

Un punto meritevole di attenzione è se, e in che senso, l'accettazione della tesi del pluralismo, sia a livello di gerarchie di valori individuali, sia a livello di tradizioni culturali, vada necessariamente legata alla tesi della irrazionalità dei valori. Sia in relazione ai sistemi valutativi individuali, sia in relazione ai sistemi valutativi comuni alle tradizioni culturali, non si potrebbe che dedurre l'incomunicabilità o la compartecipazione emotiva. I1 fiorire delle teorie procedurali della giustizia e la convivenza di tradizioni culturali diverse, da due distinti punti di vista, revocano in dubbio l'incomunicabilità dei sistemi di valori diversi. Della possibilità di comunicazione sulla base di ragioni che avanzano le teorie della giustizia ci occuperemo in questo articolo. A proposito del multiculturalismo come dato fattuale caratteristico delle società contemporanee, invece, ci limitiamo a segnalare due problemi: l'insufficienza pratica di intendere la convivenza delle culture al di fuori di un'ottica di integrazione (che non vuol dire uniformità) e il misconoscimento del dato che parte integrante del patrimonio di ciascuna cultura è anche una specifica modalità di comunicazione con altre culture e con individui di altre culture (6).

2. Verità: indisponibilità o imposizione?

Vi sono svariate nozioni di verità ed è particolarmente interessante cogliere le diverse sfumature di significato che essa assume quando la si accosta alla ragionevolezza, al carattere indisponibile di alcuni contenuti o al carattere impositivo di tali contenuti. Lo scopo di questo scritto non è

---

(5) Cfr. M. ROSENFELD, *Just Interpretations:* Law between Ethics and Politics, University California Press, Berkeley 1998, pp. 199-278.

(6) Sul multiculturalismo e sul pluralismo delle concezioni del bene la bibliografia è sterminata. Cfr. F. CRESPI, R. SEGATORI (a cura di), *Multiculturalismo e* democrazia, Donzelli, Roma 1996; J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo.* Lotte per il riconoscimento, trad. ital. di L. Ceppa e G. Rigamonti, Feltrinelli, Milano 1998; M. WALZER, Sulla tolleranza (1997), trad. ital. di R. Rini, Laterza, Roma-Bari 1998.

ovviamente affrontare il problema della verità, ma piuttosto rendere esplicito un suggerimento che sembra sottinteso nel fiorire delle teorie procedurali della giustizia. Esse accettano il carattere indisponibile di determinati contenuti, indisponibilità, in genere, revocabile e transitoria, determinata da diverse ragioni, non ultima il carattere convenzionale di una determinata prassi o idea. Il carattere impositivo di contenuti, a livello individuale e a livello sociale, può derivare dall'evidenza o dal fatto che proviene da un'autorità con il potere di imporlo.

L'evidenza delle intuizioni morali, se pur ammessa a livello individuale, è smentita dalla pluralità fattuale delle opinioni a livello intersoggettivo. Ciò comporta che le teorie della giustizia accostino la verità alla ragionevolezza in una prospettiva che tiene conto sia della dimensione comunicativa (nel senso più owio di intersoggettivo), sia della dimensione discorsiva (nel senso più owio di dialogicità): è vero ciò che è universalizzabile, ciò che è accettabile razionalmente, ciò che è esito di equilibri riflessivi, le convinzioni profonde che superano il vaglio di obiezioni e confronti, ciò che non può essere ragionevolmente rifiutato, In tal senso, ciò che è ragionevole acquista uno statuto di autorevolezza che va oltre il "potere": non basta un potere capace di assicurarsi un dominio duraturo per giustificare determinate istituzioni politiche o determinate regole.

Il tema della verità, nondimeno, è un tema negletto, non solo nella riflessione giusfilosofica, ma anche in prospettiva gnoseologica generale. Si preferisce parlare di oggettività o di intersoggettività e, sebbene sia da escludere ogni tentativo di fondare quest'oggettività, è però possibile determinare le circostanze che rendono vere o false tali conoscenze e le condizioni di possibilità di una comunicazione. A sua volta, l'intersoggettività non significa che ci sia un consenso di fatto su un'affermazione, ma che si sia disponibili a cercarlo, che un'asserzione possa essere messa al controllo della comunità scientifica (sia che si consideri rilevante la sua verificazione o la sua falsificazione). Una teoria o un'affermazione è intersoggettiva (oppure oggettiva o, semplicemente, vera) quando è possibile sottoporre al vaglio del dibattito e del dialogo le ragioni sulle quali poggia. Se l'idea di verità è (apparentemente) rimossa da ogni ambito della conoscenza è perché, come abbiamo detto, intuitivamente legata all'idea di qualcosa di indisponibile. Se in ambito scientifico l'indisponibilità comporta l'interruzione della ricerca, in ambito etico-politico ciò che è indisponibile diventa pericoloso quanto più si avvicina al potere, nel senso che il potere effettivo e il consenso di fatto sono nozioni molto affini ed è facile che il potere effettivo possa arrogarsi la prerogativa di essere la fonte della verità. Un modo di negare il legame tra potere effettivo e verità è precisamente sottoporre a vincoli procedurali l'individuazione e la definizione di principi o decisioni, e lo scopo delle teorie procedurali è anche quello di negare tale legame. Proprio chi più diffida della "verità" sente l'esigenza di affrontare il problema del rapporto verità e potere e non di rimuoverlo: solo mettendo a nudo la pretesa del potere di essere la

fonte della verità e non ammettendo ingenuamente che esso lo abbia rimosso come problema, è possibile limitarlo e difendersi (7). D'altro canto, molto significativamente, Pintore cita la seguente frase di Arendt; "concettualmente, possiamo chiamare verità ciò che non possiamo cambiare" (8). Ciò che è da scoprire, da verificare, da accertare appare come qualcosa di assoluto, sciolto da ogni condizionamento, tale che, una volta verificato, scoperto o accertato, ad esso ci si debba piegare. Una simile impostazione ci fa pensare all'esistenza di prove lineari, di argomenti "irresistibili", ad un forte carattere "impositivo" della verità, dinanzi a cui mancherebbe la libertà. Tuttavia, è importante distinguere tra indisponibilità e impositività: l'imposizione è legata all'idea di un potere (nostro o di qualcun altro) da esercitare, mentre l'indisponibilità implica semplicemente qualcosa che non è in (nostro o di qualcun altro) potere modificare. L'indisponibilità, peraltro, è ambiguamente affine sia alla non arbitrarietà, sia alla resistenza (oggettiva o soggettiva) a sottoporsi a critica. Lo scopo del lavoro è saggiare se, e in che senso, nelle teorie procedurali si trovano questi due significati di verità. Il carattere impositivo è, in linea di principio, performativamente confutato dallo scopo stesso che esse si propongono: trovare un accordo razionale in tema di giustizia (paragrafo 3). Sull'indisponibilità nei due sensi distinti in precedenza, si può rilevare una certa ambiguità. Il punto di osservazione che abbiamo scelto per analizzare quest'aspetto è il ruolo dei diritti (paragrafo 5).

Una confusione tra il piano dell'indisponibilità e il piano dell'impositività si riflette, per esempio, nella concezione della ragione che ammette due versioni, una forte e una debole (9). La ragione forte è "quella che crea, scopre, o rivela [...] il diritto, ovvero le regole cui l'uomo (razionale) deve attenersi, e che non si limita ad indicarle ma le pone o propone o impone" (10). E "una facoltà insieme intellettiva e impositiva [...] che conosce e prescrive i mezzi adeguati a raggiungere un fine dato [...] permette all'uomo di attingere ad una verità incontrastabile" e risponde all'"aspirazione perenne della filosofia ad un sapere assoluto" (11). Per contrasto, la ragione debole, relativa all'applicazione del diritto, comporterebbe l'esercizio delle "operazioni mentali che si possono far rientrare nel concetto di ragionamento" (12). Il concetto di verità

(7) Cfr. A. PINTORE nel suo libro Il diritto senza verità, Giappichelli, Torino 1996, pp. 256-260. La sua tesi principale è che solo criticando il legame tra verità e giustizia è possibile limitare in qualche modo il potere.

(8) H. ARENDT, Verità e politica, Bollati Boringhieri, Milano 1995, p. 75, cit. in A. PINTORE, *op. cit.*, p. 258.

(9) La distinzione si trova, com'è noto, nella relazione tenuta da Bobbio nel 1984, dal titolo La ragione nel diritto, ora pubblicata con il titolo Ragione e diritto in N. BOBBIO, Contributi ad un dizionario giuridico, Giappichelli, Torino 1994, pp. 295-306.

(10) Ivi, p. 298.

(11) Ivi, pp. 300, 302, 303.

(12) Ivi, p. 298.

da cui diffidare è certamente quello legato ad una concezione della ragione forte, intuitivamente abbinabile a concezioni sostanziali della giustizia. Con la ragione debole si accorda meglio un concetto debole di verità: verità come coerenza, come affidabilità, come accettabilità razionale, come correttezza della procedura argomentativa,ecc.. La ragione forte di cui parla Bobbio non è che un miraggio alla luce del dato fattuale della frammentazione delle posizioni teoriche e delle opinioni, delle verità. In essa si può rilevare ciò che secondo Pareyson costituisce l'eredità di Hegel nella cultura moderna: la concezione della verità come totalità. Se la verità è totale, non può che essere accettata o rifiutata per intero (13).

3. *La quadratura del cerchio o i limiti delle teorie della giustizia*

La novità delle teorie procedurali emerge con maggiore chiarezza e sollecita l'interesse del filosofo del diritto se ritagliata sullo sfondo del paradigma precedente, per molti versi ancora dominante in ambito teorico giuridico, della riflessione sulla giustizia, cioè, il paradigma kelseniano. Senza entrare nel merito delle questioni interpretative del pensiero kelseniano, prenderemo come provocazione la tesi secondo cui rispetto alla teoria kelseniana, le teorie della giustizia contemporanee tentano un'impresa impossibile e fallimentare. Facendo un bilancio delle teorie della giustizia contemporanee (14), Celano rileva nella maggioranza delle teorie contemporanee l'aspirazione ad una sorta di "quadratura del cerchio": trovare un accordo razionale in tema di giustizia (15). Il carattere "paradossale" del tentativo delle teorie della giustizia contemporanee dipende dal non aver rivisitato adeguatamente, dal punto di vista teorico, la tesi kelseniana della giustizia come ideale irrazionale. In effetti, delle due una: o la tesi kelseniana è inadeguata o è assurdo tentare di trovare un accordo razionale. Fintanto che non venga adeguatamente confutata, la tesi kelseniana, che dipende in ultima analisi dal non cognitivismo etico (16), induce ad adottare, almeno per motivi prudenziali, una posizione scettica. Le teorie della giustizia potrebbero essere intese come un primo tentativo di riesame. Credo che, a partire dalle riflessioni di Celano, che pur indicando il problema lo lascia imsolto (17), è possibile sostenere che sia dawero in *fieri* una revisione dello scetticismo etico.

---

(13) Cfr. L. PAREYSON, Esistenza e persona, Il Melangolo, Genova 1985, pp. 109 e 254.
(14) Cfr. B. CELANO, Teorie della giustizia, in "Ragion pratica", 7, 1996, pp. 77-98.
(15) Le teorie alle quali si possono riferire le seguenti osservazioni sono quelle che condividono due caratteristiche: sono riferite alla struttura fondamentale della società e hanno carattere sistematico (cfr. B. CELANO, art. cit., p. 80).
(16) Ivi, p. 77.
(17) Cfr. ivi, nota 39, p. 39.

La nota tesi secondo cui la giustizia è un ideale irrazionale può essere intesa in tre modi. In primo luogo, essa può voler dire che è impossibile trovare una norma giusta assolutamente valida: essa non potrebbe che essere l'esito della ragione in senso forte quando applicata alla riflessione sulla giustizia. In questo senso, Kelsen e i teorici della giustizia convergono nel riconoscere l'impossibilità di ricercare una giustizia assoluta. Tuttavia, mentre prendendo sul serio Kelsen si è portati a rinunciare completamente alla giustizia, le teorie normative della giustizia ([18]) sono più ragionevoli o se vogliamo, più modeste: la giustizia da ricercare è la giustizia possibile entro determinate istituzioni e, più precisamente, entro le istituzioni oggi più diffusamente sostenute dalla cultura sociale e politica. Tornando al parallelismo tra verità e giustizia, così come la giustizia possibile è una qualità delle istituzioni sociali, la verità è quella possibile nei sistemi di pensiero, e non una verità assoluta.

In secondo luogo, nella prospettiva kelseniana, la giustizia è un ideale irrazionale nel senso che i conflitti di interessi, preferenze o valori (ciò che le teorie della giustizia denominano il pluralismo delle posizioni etiche) sono irriducibili perché nati da prese di posizione, opinioni, atteggiamenti, dei quali non è possibile dare ragioni: sarebbe impresa fallita in partenza la ricerca di una concezione socialmente condivisa. In questo senso, si viene a configurare un'alternativa tra l'incomunicabilità e la scelta di una procedura di risoluzione pacifica dei conflitti, com'è, nel caso di Kelsen, la democrazia.

Viene in nostro aiuto, ancora una volta, la distinzione tra versioni forti e deboli, in questo caso, delle procedure. L'esempio classico di versione debole di procedure è una democrazia non produttiva di verità o di giustizia ([19]). Le procedure divengano necessarie non in ordine all'accertamento della ragionevolezza delle proposizioni, ma piuttosto quando è necessario imporre delle norme. Dunque alla concezione della giustizia come ideale irrazionale si addice una versione debole di procedura. Debole in questo caso connota la portata conoscitiva. Ciò sembrerebbe tutelare la libertà dei soggetti proprio perché lascia del tutto impregiudicata la questione sostanziale, produce un vincolo solo esterno; ma, in coscienza, ciascuno resta libero di ritenere giusta, o più giusta, un'altra decisione che si sarebbe potuta prendere" ([20]). Tuttavia, la debolezza della portata conoscitiva non può che accentuare, per contrasto, il carattere impositivo della risoluzione presa.

([18]) Soprattutto quelle che Celano denomina teorie "ermeneutiche", che sono tali soltanto nel senso che la riflessione parte da un contesto specifico di riferimento, di cui è esempio paradigmatico la teoria di Rawls (cfr. ivi, pp. 87-88).

([19]) Cfr. L. GIANFORMAGGIO, La nozione di procedura nella teoria *dell'argomentazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTIM (a cura di), Analisi e diritto 1994, Giappichelli, Torino 1994, pp. 153-162.

([20]) Ivi, p. 155.

La tesi della libertà di coscienza, peraltro, non è necessariamente legata alla tesi dell'irrazionalità dei valori: si può sostenere la libertà di coscienza e contemporaneamente la tesi della razionalità dei valori, la loro irrazionalità o la loro problematicità. Comunque sia, si riconosce un ruolo privilegiato al valore della libertà di coscienza: ma per questo occorre fornire delle *ragioni*. Anche della democrazia, poi, è possibile fornire delle giustificazioni deboli o forti, ma nell'ipotesi che a favore della democrazia non si possano fornire delle ragioni "forti", essa si scontra con il paradosso che la maggioranza possa decidere la sua stessa scomparsa. È pure pensabile una versione di democrazia che ne individua la ragion d'essere in un valore superiore, l'autonomia delle persone morali e, proprio per questo, si possa eludere il paradosso. Tuttavia, per sostenere il primato dell'autonomia dei soggetti, occorre fornire in qualche modo delle ragioni, comunque comunicabili e convincenti al punto tale che non solo siano accettate da chi è in una posizione svantaggiata, il che sarebbe ovvio e anche superfluo, ma soprattutto siano accettate da chi si trova in una situazione di vantaggio in un rapporto di forza.

Dall'idea kelseniana di democrazia è possibile accogliere la tesi secondo cui la democrazia non è un espediente epistemico, ma un metodo di decisioni. Ma la decisione può essere ricondotta alla ragion pratica o ragione volta all'azione e dunque necessariamente limitata nel tempo e nello spazio: ciò giustifica il rimando reciproco tra la regola della maggioranza nella decisione (che riflette un'eguaglianza dei partecipanti e un rispetto nei confronti di tutti) e le ragioni di carattere normativo (i diritti) che risultano preventivamente vincolanti ([21]). La ragione di tale tensione dialettica si radica nel fatto che l'ambito etico-politico viene a configurarsi come un ambito in cui è necessaria la decisione, ma essa, non solo non esclude, piuttosto dipende da un bilanciamento di ragioni e le ragioni hanno a che fare con la verità (intesa come l'accettabilità sostenuta da ragioni). In questo senso, come si vedrà più avanti, il ruolo centrale che svolgono i diritti nelle teorie procedurali, consente di superare la difficoltà di "imporre" l'adesione al

---

([21]) Per motivi di spazio e di unitarietà tematica, nel testo non si esamineranno esplicitamente le teorie democratiche, che però hanno molto in comune con le teorie procedurali. Tra le teorie democratiche ci sono quelle che riconducono la democrazia alla poliarchia e quelle che la riconducono al pluralismo epistemologico (cfr. R.A. DAHL, *I dilemmi della democrazia pluralista* (1982), trad. ital. di L. Caracciolo, Il Saggiatore, Milano 1996). Personalmente credo che le prime diano meglio ragione della dinamica sociale rispetto alle seconde, ma entrambe hanno in comune comunque il problema della legittimazione del potere, che in ogni caso è un problema di ragioni. Sui problemi relativi al concreto svolgersi del discorso politico, si rimanda a J. ELSTER, *Argomentare e negoziare* (1993), trad. ital. di G. Rigamonti, Anabasi, Milano 1993. L'autore sostiene la tesi secondo cui nel discorso politico l'argomentazione fondata su argomenti imparziali (per esempio sui diritti) prevale sulla negoziazione (fondata sugli interessi), almeno in forza di ciò che egli chiama la "forza civilizzatrice dell'ipocrisia" (ivi, p. 127).

metodo democratico, o la sua eventuale debolezza nella prospettiva dell'impossibilità di fornirne delle ragioni.

Il terzo modo di intendere la tesi secondo cui la giustizia è un ideale irrazionale è riferito all'impossibilità di far quadrare, cioè, di giustificare adeguatamente, senza contraddizioni e incoerenze, a livello individuale, gli atteggiamenti e le opinioni in tema di giustizia. Questa tesi, sebbene in accordo con l'ispirazione kelseniana ma non esplicita nelle sue opere, è in effetti coerente con le precedenti, anzi ne costituisce la ragione ultima e rappresenta, a nostro avviso, la maggiore difficoltà per la riflessione sulla giustizia, una difficoltà che però, in un certo senso, accomuna il pensiero di Kelsen e le teorie della giustizia procedurale, a differenza di quanto sostiene Celano ([22]).

La ragione ultima di questa difficoltà sta, ancora una volta, nel concetto di verità (e di ragione) che si utilizza: "se il tentativo di costruire una concezione sistematica, coerente e completa, della giustizia viene inteso nel senso della ricerca di una concezione soggettivamente coerente, che non alberghi in sé conflitti non risolvibili (o risolvibili solo mediante una decisione), questa aspirazione è destinata, da un punto di vista kelseniano, a restare frustrata. Anche in questo senso, l'obiettivo delle teorie della giustizia contemporanee è, da un punto di vista kelseniano, analogo alla quadratura del cerchio" ([23]). Il punto interessante sta nell'alternativa tra sistematizzazioni coerenti e complete di principi di giustizia e la risoluzione con una decisione, che, in assenza di un sistema coerente e completo di giustizia si presenterebbe come irrazionale. A questo riguardo, si possono fare delle osservazioni.

In primo luogo, il requisito della coerenza, che richiama la teoria della verità ad essa ispirata, intesa come una proprietà relativa alle relazioni che intercorrono tra i "candidati" al vero, siano essi credenze, giudizi, proposizioni o, più genericamente, idee o intuizioni ([24]), resta un requisito interno a sistemi di conoscenze ed è dubbio in che modo tali sistemi possano essere autoconsistenti ([25]). In relazione alle nostre convinzioni morali, peraltro, la coerenza "sembra scarsamente soddisfacente come resoconto della verità morale o resoconto delle basi di giustificazione in etica [...]. Per quanto le nostre convinzioni morali possano essere rese internamente coerenti, il dubbio persistente può rimanere quello che esse non rappresentino assolutamente nulla" ([26]).

([22]) Cfr. B. CELANO, art. cit., p. 95.

([23]) *Ibidem*.

([24]) Cfr. D. DAVIDSON, The *Structure* and Content of *Truth*, in "Journal of Philosophy", 87, 1990, pp. 279-328.

([25]) In ogni insieme finito di enunciati ce ne sono alcuni indecidibili, secondo il noto teorema di Godel.

([26]) T. M. Scanlon, *Contrattualismo e utilitarismo*, in A. SEN, B. WILLIAMS (a cura di), *Utilitarismo* e oltre (1982), trad. ital. di A. Besussi, Il Saggiatore, Milano 1990, p. 137.

In secondo luogo, si presuppone, ancora una volta, il carattere assoluto della giustizia, non in singolare, come una norma assoluta di giustizia, ma come sistema di principi coerente e completo, che pertanto non può che essere accettato o rifiutato nella sua totalità ([27]). Da questo punto di vista, come si vedrà più avanti, alcune teorie della giustizia contemporanee, possono essere assimilate alla posizione kelseniana. A differenza della teoria di Kelsen, in questo caso coerente con il suo non cognitivismo etico, nelle teorie della giustizia contemporanee si può rilevare un'incoerenza interna, ma per difetto: il tentativo di trovare risposte razionali ai problemi di giustizia "politica" a livello sociale non è accompagnato il più delle volte (anche se sono due problemi distinti) dalla revisione del rapporto tra ragione e decisione a livello individuale, in altre parole, da una necessaria revisione della ragion pratica a livello individuale. Per fare l'esempio di Rawls, l'esito della sua riflessione, la teoria dei principi di giustizia ordinati serialmente, sembra pretestuosa nel richiedere un'adesione generale, a meno di non considerarlo contemporaneamente il metodo di riflessione a livello individuale e a livello "comune". Resta una perplessità relativa alla genesi di questi principi: ci si potrebbe spingere fino al punto di sospettare se principi che nella loro genesi non erano ragionevoli e comunicabili lo possano diventare in seguito ad un esame critico. Il senso di quest'osservazione può essere illustrato come segue. Sottoporre ad un esame critico un insieme di intuizioni consente certamente di discriminare tra opinioni ragionevoli e non ragionevoli e, eventualmente, nella prospettiva del trovare un accordo, di eliminare queste ultime. Tuttavia, un principio che supera il vaglio dell'equilibrio riflessivo non *diventa* ragionevole per ciò stesso, ma piuttosto supera il vaglio, in parole povere, perché già lo era.

In terzo luogo, se il conflitto di preferenze, interessi o valori è irriducibile in modo ragionevole, la decisione non può che essere concepita come "imposizione", e la giustizia come il potere del più forte, che è poi il potere di fatto ([28]). A questo proposito, è interessante ricordare un altro degli elementi fondamentali del dibattito contemporaneo sulla giustizia: il consenso. La convergenza verso il tema del consenso è data non solo dal fatto che un gruppo di teorie della giustizia fa capo a questa versione ([29]), ma anche perché le teorie della giustizia procedurale presuppongono che la correttezza nell'espletamento della procedura conduca al consenso, cioè, anche nella

---

([27]) Sfuggono a questa definizione le teorie pluralistiche che ammettono criteri diversi di giustizia secondo le diverse sfere in cui devono essere applicati (Cfr. M. WALZER, Sfere di giustizia (1983), trad. ital. di G. RIGAMONTI, Feltrinelli, Milano 1987).

([28]) Cfr. PLATONE, Repubblica, 338c (Dialoghi politici. *Lettere*, a cura di F. Adorno, Utet, Torino 1988).

([29]) Tale è la teoria dell'argomentazione di R. ALEXY, particolarmente rilevante per l'applicazione all'ambito giuridico (cfr. R. ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica (1978), a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998).

prospettiva di un'idea di verità come correttezza procedurale, l'esito della teoria è costituito da una reazione di conformità ad un'idea accettabile, non rifiutabile e che pertanto susciti o possa suscitare un accordo o un'adesione generale. Si viene ad affermare, in altre parole, un approccio alla natura della conoscenza secondo il quale è possibile sostenere la giustificazione di un asserto qualora siano escluse le alternative plausibili, tenendo conto del fatto che tali alternative sono individuate all'interno di un determinato contesto. Tale approccio presuppone un legame tra ragione e verità, e tramite la nozione di verità come correttezza, tra ragione e giustizia.

Il primato del giudizio individuale in relazione alla scelta e alla determinazione delle azioni presuppone il passaggio da un'etica oggettiva ad un'etica soggettiva, storicamente avvenuto attraverso due dottrine: quella del primato della coscienza (che non equivale necessariamente alla sua infallibilità) e la dottrina dell'obbligatorietà della coscienza erronea (che implica già il primato del giudizio individuale). Questo percorso è stato concluso quando è stata negata la possibilità di distinguere la coscienza erronea dalla coscienza vera, dato che la coscienza "non è più syn-eidesis, con-scientia, co-scienza, sapere comune essa non è più, in assoluto, alcun sapere, ma una specie di eruzione dell'originalità del sé della quale si può soltanto prendere atto con meravigliata tolleranza e rispettarla, ma che non può essere verificata con riguardo al contenuto" (30). La riabilitazione in atto della ragion pubblica, sia nelle forme di dibattito sulla giustizia, sia nella presunzione che il sistema democratico non costituisca soltanto l'arena della lotta per il potere da parte del più forte, presenta un aspetto paradossale: in ambito pubblico si dovrebbe esercitare una ragione (pratica) che a livello individuale risponde a meccanismi del tutto incontrollabili e autoreferenziali.

Le teorie della giustizia sembrerebbero andare oltre Kelsen, perché si propongono di offrire delle ragioni a favore della giustizia (31). Si può sostenere che il panorama delle teorie della giustizia contemporanee vada facendo spazio alla tesi secondo cui a favore di determinate concezioni della giustizia si possano addurre delle ragioni e che l'idea di verità in ambito morale consiste nella disponibilità a sottoporre a critica i propri punti di partenza e non la garanzia di raggiungimento di un risultato relativo all'individuazione di verità assolute. Tra lo scetticismo etico e il realismo si aprono altre vie. Un esempio è il "normative realism (is) the view that propositions about what gives us reasons for actions can be true or false

---

(30) N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), trad. ital. di R. De Giorgi, Il Mulino, Bologna 1990, p. 267.

(31) In questo senso, debole, si potrebbe sostenere che esse offrono anche un "motivo": "to give a motive is to say something like 'See the action in this light'" (G.E.M. ANSCOMBE, *The Collected Philosophical Papers of G.E.M. Anscombe*, Blackwell, Oxford 1981, vol. II, p. 79).

indepently of how things appear to us, and that we can hope to discover the truth by trascending the appearances and subjecting them to critica1 assessment" (32); lo stesso contrattualismo è stato definito una sorta di "scetticismo qualificato" (33), alla ricerca di ragioni condivisibili ed in questo senso, pur con molte difficoltà e resistenze, sembrerebbe che sia in atto la revisione dello scetticismo etico.

4. *Procedure e ragioni*

L'interesse per le procedure è andato oltre il campo giuridico fino a costituire un punto di convergenza di numerose concezioni etiche e politiche, che mettono l'accento sul carattere procedurale della giustizia. Di riflesso, le categorie sviluppate in ambito etico-politico servono ora di schema per la valutazione delle procedure giuridiche. Rawls distingue, com'è noto, due tipi di procedure (34). Nelle procedure pure non si dispone di un criterio indipendente per giudicare della giustizia o meno dell'esito della loro applicazione: la giustizia dipende dall'applicazione corretta della procedura. Per le procedure perfette e imperfette esistono criteri indipendenti dalle procedure per valutarne gli esiti. L'imperfezione delle ultime deriva dall'eventualità del non raggiungimento dell'esito proposto (e questo è il caso della maggior parte delle procedure del diritto). Tuttavia, il loro carattere imperfetto non diminuisce l'apprezzabilità delle procedure. In buona parte, infatti, la connotazione positiva che si riconosce alle procedure deriva non tanto dalla loro efficacia, ma dal fatto che le parti coinvolte siano collocate in una situazione di parità e, in questo senso emerge un'affinità con il diritto. La capacità del diritto di risolvere una controversia tra alternative *ugualmente valide* è il punto nevralgico della rilevanza del diritto come procedura, non solo nel caso della risoluzione delle controversie determinate dall'esistenza di diverse opzioni o alternative, ma anche nel caso della riparazione del torto, poiché prima della conclusione della controversia entrambe le parti avanzano una pretesa di giustezza ed entrambe godono degli stessi diritti. Anche quando si presuppone che il diritto miri a qualche finalità particolare, come nel caso dell'accertamento del vero nel caso del processo penale, resta l'idea che la verità che dovrebbe essere accertata attraverso il processo sia il risultato stesso del contraddittorio (35) o, più in generale, che l'esito della

---

(32) Cfr. T. NAGEL, The View *from* Nowhere, Oxford University Press, New York, Oxford 1986, p. 139.

(33) T. M. SCANLON, art. cit., p. 151.

(34) Cfr. J. RAWLS, Una teoria della giustizia, cit., pp. 85-86.

(35) Cfr. L. FERRAJOLI, Diritto *e* ragione. Teoria *del garantismo* penale, Laterza, Roma-Bari 1989, pp. 18-45.

giustizia dipenda dall'applicazione corretta della procedura e che il suo esito non debba essere preliminarmente pregiudicato.

La tesi secondo cui l'interesse delle teorie etico-politiche per le procedure abbia qualche cosa in comune con il carattere procedurale del diritto e che tali sviluppi non siano da considerare due fatti semplicemente paralleli ma indifferenti non è owia, sebbene etimologicamente il "procedere" sia legato all'agire secondo giustizia. La centralità delle procedure potrebbe essere stata mutuata dall'ambito scientifico e sicuramente la procedura scientifica è connotata da caratteristiche che la rendono avvincente, per esempio, una presunta neutralità. Tuttavia, tale neutralità è problematica ed è stata contestata sia in generale (si rivaluta il ruolo delle teorie nella predisposizione delle procedure), sia nelle concezioni procedurali della giustizia ([36]). Se una procedura è neutrale qualora non si giustifichi in base ad alcun valore morale, Rawls sostiene, a ragione, che la giustizia come equità non sia neutrale con riferimento ai principi cui si ispira: essi sono sostanziali ([37]). Dunque è possibile concludere, almeno per ora, che ragioni e procedure sono interdipendenti ([38]).

Il carattere procedurale della giustizia, e di riflesso la teoria imperniata su tale nozione, è difficile da definire in modo isolato, mentre sembra farsi cogliere più facilmente per differenza, in contrapposizione al carattere sostanziale: se la sostanza concerne il contenuto o l'esito del procedimento ([39]), la procedura ha a che fare con le modalità per amvarci ([40]). Tuttavia

---

([36]) Da ultimo, in Italia, A. VERZA, La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee, Giuffrè, Milano 2000.

([37]) Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo* politico, cit., pp. 168-169. Cfr. anche J. HABERMAS, Solidarietà tra estranei. Interventi su Fatti e *norme*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Napoli 1997, pp. 46-57 e J. HABERMAS Lotte di riconoscimento nello stato democratico di diritto, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo*. Lotte per il riconoscimento, cit., pp. 80-87.

([38]) Ciò fa sì che gran parte del dibattito sulle concezioni procedurali si concreti in reciproche accuse di non neutralità, in base al concetto di neutralità che si utilizza. Ad esempio, in risposta all'obiezione di Rosenfeld, che lo accusa di sostanzialismo mascherato di proceduralismo e propone un pluralismo comprensivo che non si appella alla neutralità, Habermas rimette l'accusa all'accusatore sostenendo che è il proceduralismo di Rosenfeld ad essere un proceduralismo mascherato. Alla domanda se in fondo contino le ragioni o le procedure si possono dare diverse risposte: per i non cognitivisti, conteranno le decisioni; per il realismo filosofico, la corrispondenza con la realtà (che Habermas ritiene non più sostenibile); la terza ipotesi mira all'accettabilità razionale: consideriamo validi quelli enunciati normativi per i quali avanziamo la pretesa che siano fondabili argomentativamente. In questa prospettiva, le procedure e le ragioni sono interdipendenti (cfr. J. HABERMAS, Solidarietà tra estranei, cit., p. 53).

([39]) Cfr. M. D. BAYLES, Procedura1 Justice. Allocating to individuals, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht 1990, p. 3.

([40]) Il dibattito sulle procedure si può accostare alla contrapposizione, tipica della tradizione giuridica occidentale, tra sostanziale e "formale". Rimando a R.S. SUMMERS, How law is *formal and* it matters, in "Cornell Law Review", 82, 5, 1997, pp. 1165-1229. Il

queste due versioni della giustizia non si danno nelle loro forme pure: la giustizia procedurale comporta l'assunzione di argomenti sostanziali e la giustizia sostanziale include un riferimento a delle procedure. Per ciò risulta più corretto indicare quale criterio per discriminare due tipi fondamentali di concezioni etiche, le concezioni procedurali e le concezioni sostanziali, il ruolo assegnato alle procedure all'interno di una concezione che include tesi sostanziali e procedure. Non intendiamo per concezioni etiche procedurali quelle che non specificano il contenuto dei valori o delle norme da adottare, ma indicano i criteri della scelta delle norme e dei valori o le modalità d'individuazione dei criteri e delle norme (41), ma quelle che assegnano alle procedure un ruolo centrale, anche se la procedura stessa è scelta in base a criteri sostanziali. Così come è difficile immaginare teorie sostanziali "pure", è plausibile che non esistano nemmeno teorie procedurali pure (42).

Anche la teoria del consenso può essere considerata una teoria procedurale che dispone di un criterio esterno di validità: si riconosce il carattere vero a quelle credenze che possono essere accettate da tutti coloro che posseggano sufficienti esperienze o informazioni per giudicare oppure, più semplicemente, alla relazione tra una convinzione, idea od opinione e l'approvazione o conformità ad essa all'interno di una comunità (politica o scientifica) (43). Nella versione habermasiana della teoria del consenso la verità è la pretesa di validità che vincoliamo agli enunciati nell'asserirli e una pretesa di validità è giustificata nella misura in cui può essere sostenuta. Non sono veri né gli schemi cognitivi né i concetti o predicati. Per fare un discorso sulla verità occorre centrarsi su un'unica motivazione: essere orientati a intendersi,

---

carattere formale è però determinato da finalità proprie del diritto, al punto che si possa sostenere che una particolare forma può risultare appropriata o meno. Formale e procedurale non si identificano, anche se parte del loro contenuto semantico coincide. Tuttavia, hanno lo stesso tipo di rapporto con sostanziale: ne dipendono. "Una procedura giuridica si caratterizza per un valore incorporato o immanente, che la qualifica. Ed è per questo che il diritto ha un *carattere istituzionale.* Non è solo regola, non è solo azione, ma è un'impresa cooperativa strutturata da finalità immanenti" (F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione,* Laterza, Roma-Bari 1999, p. 9).

(41) Cfr. A. PINTORE, *op. cit.*, pp. 223-253.

(42) Una teoria proceduralista pura potrebbe essere la teoria sistemica di N. Luhmann. L'approccio sistemico al diritto annulla la difficoltà della decisione, facendola diventare un elemento periferico anziché centrale. Rispetto alla maggior parte delle teorie procedurali, l'approccio sistemico distoglie l'attenzione dai soggetti, distanziandosi dunque dalle teorie che concedono un primato ai diritti (cfr. B. ROMANO, *Soggetto, libertà e diritto nel pensiero contemporaneo: da Nietzsche verso Lacan,* Bulzoni, Roma 1983).

(43) "The best definition of truth from the logica1 standpoint which is known to me is that of Peirce: 'the opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate is what we mean by the truth (J. DEWEY, *Logic. The Theory of Inquiry,* George Allen & Unwin Ltd, London 1939, p. 345).

separando dunque le questioni di validità dalle questioni di genesi. In questa prospettiva, la differenza principale tra l'ambito dell'azione e quello del discorso è che il primo è vincolato strutturalmente alla motivazione, il secondo alla comunicazione (44). Tuttavia, secondo Habermas, una teoria della verità come corrispondenza, sebbene non rispetta l'ambito della logica del linguaggio, che è l'unica in cui si può sostenere un discorso di verità o falsità, poggia su un'osservazione corretta e cioè che gli enunciati in qualche misura riflettono fatti: non sono soltanto una finzione. L'osservazione è rilevante per la dimensione pratica: con riferimento alla giustizia, in effetti, sembra più utile e convincente l'idea di poter disporre di un criterio indipendente per giudicare dei risultati dell'applicazione della procedura, com'è il caso del modello rawlsiano di procedura perfetta o imperfetta.

La teoria consensuale è quella teoria che sostiene che la condizione della verità di un enunciato è il potenziale consenso di tutti gli altri (45), cioè una promessa di raggiungimento un consenso razionale su ciò che si è detto. In questo caso, il criterio del consenso non è un criterio fattuale ma una qualità interna al discorso, nel senso che è nel discorso stesso che si mette alla prova la capacità di generalizzazione degli interessi di cui si sostiene una pretesa di validità (46). Tuttavia, la pretesa di validità rimanda ad una verifica delle ragioni in base alle quali essa poggia, in altre parole, ancora una volta, l'intersoggettività è data dalla possibile condivisione della relazione che sussiste tra una proposizione e le sue ragioni. In effetti, in ultima analisi, resta irrisolto il problema della distinzione tra il consenso vero e il consenso falso (47).

Il consenso poggia sulla possibilità di condivisione (di comunicazione) delle ragioni, non solo sulla promessa di raggiungimento dell'adesione o su un'ipotesi controffattuale, ma piuttosto sull'effettiva condivisione di alcuni contenuti che all'interno del discorso sono considerati indisponibili (veri) e a partire dai quali si muove alla ricerca di ulteriori elementi. La convergenza verso il tema del consenso è data non solo dal fatto che un gruppo di teorie della giustizia procedurale fa capo a questa versione, ma anche perché le teorie della giustizia procedurale presuppongono che la correttezza nell'espletamento della procedura conduca al consenso, cioè, anche nella prospettiva di un'idea di verità come correttezza procedurale, l'esito della teoria è costituito da una reazione di conformità ad un'idea accettabile, non rifiutabile e che pertanto susciti o possa suscitare un accordo o un'adesione generale. La maggior parte

---

(44) Cfr. J. HABERMAS, *Auszug* ans "Wahrheitstheorien", (in H. FARENBACH (a cura di), *Wirklichkeit* und *Reflexion*, Neske, Pfulligen 1973, pp. 238-260) trad. spagnola di M.J. REDONDO, *Teorías de la verdad*, in J. HABERMAS, *Teoría de la acción* comunicativa: *complementos* y estudios previos, Catedra, Madrid 1989, pp. 113-158, p. 114.

(45) Cfr. ivi, p. 121.

(46) Cfr. J. HABERMAS, Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto (1992), trad. ital. di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996, pp. 17-38.

(47) Cfr. A. PINTORE, *op. cit.*, p. 183 e ss..

delle teorie contrattualiste ammettono questa conclusione aggiungendo una clausola condizionante: che si sia interessati a trovare un accordo. In questo senso viene messa in salvo la libertà. Tuttavia, un altro dei presupposti sostanziali delle teorie procedurali è proprio l'idea di persona morale, laddove per morale si intende che abbia un qualche senso di giustizia ([48]).

Ad un primo sguardo, come abbiamo detto, non c'è dubbio che le concezioni procedurali sono le più adatte a venire incontro alle esigenze delle società pluralistiche e multiculturali, caratterizzate dalla presenza di una molteplicità di opinioni e di giudizi, di un dissenso sui valori e sulle norme. L'ottimale risultato della procedura è precisamente il fatto che la scelta di una delle alternative non pregiudica la validità dell'altra. Se vogliamo esprimerci in termini veritativi, la verità di una non implica necessariamente la falsità dell'altra. La tesi di questo studio è che ciò sia dovuto a due ordini di ragioni: da un lato, alle connotazioni positive che sono associate alle procedure (neutralità, eguaglianza, un primato dei diritti), ma che devono essere puntualizzate; dall'altro, alla riformulazione del problema della verità, che è vista in chiave dinamica, sia come relazione tra un'affermazione e l'argomentazione che si può addurre a suo favore, sia anche come provvisoria indisponibilità di contenuti di senso che consentono di procedere nel discorso.

5. *I diritti nelle teorie della giustizia*

Il panorama delle teorie della giustizia non si esaurisce nelle teorie finora prese in esame, né il carattere procedurale è esclusivo di queste teorie. C'è ancora un altro filone di ricerca legato ai nomi di Nozick ([49]) e Hayek ([50]) per i quali la giustizia è intesa come rispetto delle regole e delle procedure nella distribuzione di risorse e diritti. Tale indirizzo s'interessa ai problemi della giustificazione delle regole del mercato. Nel giudicare gli esiti delle transazioni, ci si deve attenere unicamente alla correttezza d'attuazione della procedura: risultando impossibile predire gli esiti, ciò che conta è l'eguaglianza formale istituita dalle regole, un'eguaglianza d'opportunità. Anche il mercato, come meccanismo regolatore di transizioni volontarie, potrebbe essere considerato una procedura e dunque potrebbero dirsi procedurali, in senso lato, anche le teorie anarco-capitaliste ([51]). Eppure, in genere, tendia-

---

([48]) Cfr. T.M. SCANLON, art. cit., p. 151.

([49]) R. NOZICK, Anarchia, stato e utopia (1974), trad. ital. di E. Bona e G. Bona, Le Monnier, Firenze 1981.

([50]) F. VON HAYEK, Legge, legislazione, libertà (1973-1979), trad. ital. di A. Petroni e S. Monti, Il Saggiatore, Milano 1986.

([51]) Cfr. P. VAN PARIJS, *Che* cos'è una società giusta?, trad. ital. di M. Manisco, Ponte alle Grazie, Firenze 1995, pp. 123-135.

mo ad escludere queste teorie dal novero delle teorie procedurali: le teorie anarco-capitaliste si potrebbero inglobare sotto l'etichetta di teorie procedurali solo a condizione di indebolire notevolmente il significato del "carattere procedurale". In ultima analisi, peraltro, la difesa di una teoria del titolo valido nell'acquisizione dei beni attraverso il lavoro, presuppone ciò che vuole giustificare, cioè i diritti di proprietà, e dunque è facilmente inquadrabile tra le teorie che attribuiscono un'importanza centrale agli elementi sostanziali (52), anche se, come si vedrà più avanti, non è una difficoltà esclusiva delle teoria anarco-capitaliste.

Com'è noto, la teoria rawlsiana si vuole suggerire alternativa ad una concezione tipicamente sostanziale della giustizia, l'approccio utilitarista, una teoria sostanziale perché dispone di un criterio indipendente (il massimo saldo netto di soddisfazione) per valutare la giustizia delle istituzioni. La teoria rawlsiana muove da una critica precisa all'utilitarisrno, cioè al fatto che esso non prenda sul serio la distinzione tra persone (53), e l'insufficienza dell'utilitarismo ha a che fare con i diritti e con il fatto che una teoria della giustizia debba tenere conto di essi. Tuttavia, l'utilitarismo, pur fondato su un principio che non è evidentemente procedurale, ma sostanziale, prevede una particolare procedura per l'individuazione di criteri sostanziali di giustizia (54): il calcolo razionale secondo un più ed un meno. L'apparente semplicità dell'artificio, nel caso dell'utilitarismo, sembrerebbe rendere più agevole l'impresa della risoluzione di questioni pratiche, dato che il calcolo è una procedura elementare, molto più agevole, per esempio, di una deliberazione razionale (55). A parte le critiche rivolte alla stessa praticabilità del calcolo (56), la distanza tra la teoria di Rawls e l'utilitarismo è data dall'incapacità di quest'ultimo di riconoscere l'originarietà di ciascuna delle persone: "nessun miglioramento della condizione (globale o media) dei membri della società, neppure della condizione dei più svantaggiati di loro, può giustificare

---

(52) Cfr. O. HÖFFE, Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato (1988), trad. ital. di A. C. Amato Mangiameli, Giappichelli, Torino 1993, pp. 108-109.

(53) "I do not believe that utilitarianism can provide a satisfactory account of the basic rights and liberties of citizens as free and equal persons, a requirement of absolutely first importance for an account of democratic institutions" (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. XII),

(54) Se si pensa l'utilitarismo come una teoria strutturata su due piani, come per esempio la teoria di Barry sulla giustizia come imparzialità (cfr. B. BARRY, Justice as *Impartiality*, Oxford University Press, Oxford 1995, sezione 38), si potrebbe sostenere che, una volta giustificato dal punto di vista sostanziale, l'utilitarismo è una teoria che propone una procedura di individuazione di principi per l'azione.

(55) Il calcolo peraltro è volto al raggiungimento dell'accordo e sotto questo profilo anche l'utilitarismo si può annoverare tra le teorie che tentano la quadratura del cerchio.

(56) Cfr. B. WILLIAMS, *L'utilitarismo* in Id., La moralità. *Un'introduzione* allética (1993), trad. ital. di M. Reichlin, Einaudi, Torino 2000, pp. 83-98.

che si attenti alle libertà fondamentali di alcuno di essi" ([57]). Ciò conferma, almeno negativamente, l'ipotesi che il discrimine tra teorie procedurali e teorie sostanziale è una distinzione concettuale, relativa al molo, centrale o marginale, delle procedure all'interno di una teoria e al primato dei diritti. Possedere un procedimento per la risoluzione delle questioni pratiche non è sufficiente per ritenere che l'utilitarismo possa definirsi, anche se ad un secondo livello, procedurale, nemmeno nel caso in cui, come nelle versioni più aggiornate dell'utilitarismo, si faccia strada il convincimento della priorità dei diritti. La tesi secondo cui non sono rilevanti le caratteristiche oggettive delle alternative in gioco, ma conta soltanto il fatto che traggano origine da preferenze d'individui, cioè, la "condizione di neutralità" di Arrow, non è più sostenibile nel senso che le alternative in gioco devono presentare una caratteristica oggettiva: un primato dei diritti. Ciò è vero sia in prospettiva "genealogica" ([58]), in attenzione al riconoscimento di originari ed eguali diritti riconosciuti a tutti, che siano diritti di proprietà o di libertà, sia anche in prospettiva dinamica, cioè in attenzione alle diverse situazioni che si vanno creando. Quest'istanza istanza egalitaria ([59]) è presente in molte delle teorie etiche contemporanee, ma nella misura in cui si sottolinea non solo la prevalenza di un generalizzato rispetto per ciascun individuo, ma anche una certa attenzione alle relazioni di interdipendenza tra gli individui e alla responsabilità derivante da esse, è possibile escludere dal novero delle teorie procedurali le teorie anarco-capitaliste. In questa linea, l'interesse suscitato dalle teorie procedurali deve essere ricondotto ancora una volta all'interesse per i diritti. Le teorie della giustizia procedurale presuppongono l'idea di un primato dei diritti, esprimono una tensione a tutelarli e presuppongono un'idea "complessa" dei diritti. Il primato dei diritti non equivale ad un primato dei diritti di proprietà o di libertà originari. Si attribuisce particolare attenzione alla dimensione solidale, cioè al fatto che gli individui si trovano in relazione con altri individui e che tale collocazione ha dei riflessi sia nel riconoscimento dei diritti, sia nella creazione di legami di responsabilità reciproca ([60]).

([57]) P. VAN PARIJS, *op. cit.*, pp. 91-92.

([58]) Ivi, pp. 269.

([59]) Un altro degli assunti sostanziali delle teorie procedurali della giustizia è l'eguaglianza. Nel caso delle teorie che s'ispirano alle regole del discorso, il principio dell'eguaglianza è un presupposto della partecipazione. Nel caso delle altre teorie politiche contemporanee, il valore dell'eguaglianza, che condiziona fortemente il dibattito sulla giustizia, implica diverse concezioni, ma tutte accomunate dalla centralita di tale valore. (E la nota tesi di R. DWORKIN, Sovereign *Virtue*. The *Theory* and Practice *of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London 2000, pp. 1-303).

([60]) In un certo senso, all'idea di giustizia distributiva si affianca la giustizia commutativa. Tradizionalmente, la prima riguarda i rapporti tra Stato e cittadino, la seconda, i cittadini nei loro rapporti reciproci. Così come sembra riduttivo escludere dai rapporti tra Stato e cittadino la giustizia commutativa (cfr. J. M. FINNIS, Legge naturale e diritti naturali (1992), trad. ital. di F. Di Blasi, Giappichelli,

Il carattere procedurale della teoria rawlsiana è inscindibilmente legato alla tesi della priorità del giusto sul bene, che esprimerebbe l'unica logica politica compatibile con una società caratterizzata dalla presenza di individui con eguali diritti e dal pluralismo delle concezioni del bene. La possibilità di trovare un accordo allude anche all'idea che il cittadino possa distanziarsi dalle proprie preferenze, dai propri interessi e bisogni per cercare risposte ragionevoli ai problemi della cooperazione sociale (il che implica un ulteriore argomento sostanziale, l'idea delliimparzialità dei soggetti nella posizione originaria). Si viene cioè a sottolineare, da un lato, la libertà della persona, dall'altro, il carattere razionale delle questioni etiche e politiche (61). Alla teoria di Rawls, tuttavia, si obietta che cada nello stesso errore che rinfaccia agli utilitaristi: non prende sul serio la pluralità delle persone, dato che la sua teoria è, in fin dei conti, la traduzione del calcolo individuale in un accordo collettivo (62). Tuttavia, a partire dalla differenza tra razionale e ragionevole è possibile correggere la venatura "strategica" della sua dottrina: "la cosa che manca agli agenti razionali è quella particolare forma di sensibilità morale che sottende il desiderio di impegnarsi in un'equa cooperazione in quanto tale, e di farlo a condizioni che gli altri, in quanto uguali, possano prevedibilmente accettare" (63). La posizione originaria include un riferimento all'eguaglianza tra gli esseri umani intesi come persone morali. Accomuna i contraenti l'aspirazione a vivere una vita buona e la convinzione che certe cose sono necessarie per farlo (i beni principali, sociali e naturali).

Questi presupposti teorici appaiono però indiscussi, dunque indisponibili, "veri" (in uno dei sensi di verità che abbiamo individuato prima). Come aggettivi, giusto (in prospettiva procedurale) e vero coincidono con "corretto".

La teoria della giustizia di Rawls muove anche da una critica all'intuizionismo inteso come la dottrina che sostiene l'esistenza di una famiglia irriducibile di principi tra i quali non è possibile istituire una gerarchia perché o talmente generali da risultare banali, oppure tanto determinati da

---

Torino 1996, pp. 198-207), bisognerebbe vedere se l'istanza solidarista possa comportare l'estensione del concetto di giustizia distributiva anche ai rapporti di tra individui.

(61) Rawls traccia una distinzione tra razionale e ragionevole. Tale differenza consiste nel fatto che il ragionevole include un riferimento alla reciprocità, è "un elemento dell'idea di società come sistema di equa cooperazione" mentre il razionale può essere predicato di un solo individuo. "Il primo è pubblico in un senso in cui il secondo non lo è" (J. Rawls, Liberalismo politico, cit., pp. 59 e 61).

(62) Cfr. B. Barry, *Teorie* della giustizia (1989), trad. ital. di G. Rigamonti, Il Saggiatore, Milano 1996, parte II, e anche B. Barry, Justice as Impartiality, cit., sezione 41.

(63) J. Rawls, *Liberalismo* politico, cit., p. 59.

risultare confliggenti. Come abbiamo visto in precedenza, la sua teoria della giustizia è una risposta all'esigenza di dare forma ad una risposta razionale alle questioni di giustizia, e tale intento accomuna tutte le teorie che a questo paradigma si richiamano. L'idea di posizione originaria costituisce un espediente per dare forma ragionevole a quello che già pensiamo: sottoporre al vaglio di una critica razionale le nostre intuizioni profonde sulla giustizia al fine di raggiungere un equilibrio riflessivo, una sorta di ***feed back*** tra le convinzioni e le ragioni che le giustificano. In quanto espediente per mettere alla prova le intuizioni, l'equilibrio riflessivo serve a attenuare il carattere impositivo dell'evidenza delle intuizioni morali, mettendole alla prova delle ragioni. Come espediente critico è valido soltanto se si presuppone che si sia disposti a modificare la propria posizione nel corso dell'esame delle ragioni. I principi di giustizia di Rawls sono, dal punto di vista epistemologico, convinzioni intuitive sottoposte al vaglio di una particolare e rigorosa procedura di razionalizzazione ad opera dei teorici morali. La domanda che ci poniamo è se essi siano indisponibili nel senso di inconfutabili (64). Il fatto che l'autore sostenga che quei principi che non sono giusti siano irrazionali (65) fa sospettare che la risposta debba essere affermativa. In effetti, molti hanno notato come il contratto di Rawls presupponga ciò che ne dovrebbe essere l'esito (66), cioè risulta da una sorta di "regressione incompleta" (67), una regressione che arriva fino al limite del riconoscimento di eguali diritti, che per quanto convinzioni diffuse e condivisibili, hanno il privilegio di sottrarsi al vaglio del dibattito razionale. In attenzione a questo punto, da più parti è stata sottolineata l'affinità tra Rawls e Nozick. Nel primo caso si presuppongono i diritti di libertà, nel secondo, i diritti di proprietà (68). Sebbene nell'ambito della teoria di Rawls si possa parlare di verità come accettabilità razionale, il fatto che i diritti vengano presupposti o comunque sottratti al vaglio critico, significa suggerire il concetto di verità come indisponibilità. In generale, laddove ci si appella a diritti inalienabili, si restringe l'ambito di ciò che è detemninabile dal consenso (69).

---

(64) Molti hanno notato ciò che Boudon rawisa nella posizione di Rawls: una sorta di evoluzionismo retrospettivo (cfr. R. BOUDON, Contro il *liberalismo* debole, in "Biblioteca della libertà", 30, 129, 1995, p. 10).

(65) Si veda l'esempio della dottrina razzista (cfr. J. RAWLS, *Una* teoria della giustizia, cit., p. 135).

(66) Cfr. W. KYMLICKA, Introduzione alla filosofia politica contemporanea (1990), trad. ital. di R. Rini, Feltrinelli, Milano 1996, pp. 63-109.

(67) A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis*. Bases para una *reconstrucción* de la *filosofía política*, Eunsa, Pamplona 1999, p. 32. Come si è visto prima, anche le teorie del titolo valido incorrono nell'errore della "regressione incompleta".

(68) Cfr. W. NELSON, The *very* Idea of Pure Procedura1 Justice, in "Ethics", 90, 1980, pp. 502-511.

(69) Si può vedere a questo proposito, M. WISSENBURG, *Imperfection* and *Impartiality*: a Libera1 *Theory* of *Social* Justice, UCL Press, London 1999, pp. 74-75.

La stessa critica può essere rivolta a molti dei "revisori" della teoria rawlsiana. La distinzione tra i due livelli di giustizia imparziale consente a Barry di sostenere che i diritti non siano presupposti, ma esiti della procedura ([70]). Tuttavia, resta da giustificare la procedura del primo livello e la distinzione di livelli potrebbe moltiplicarsi all'infinito. Ulteriori versioni della posizione originaria non hanno fatto che mettere meglio a fuoco le condizioni epistemiche della ricerca del giusto e la sua prossimità alla verità. La superiorità della versione scanloniana della posizione originale rispetto alla versione rawlsiana deriva dal requisito che i contraenti siano ben informati, dal fatto che possiedano lo stesso potere nella ricerca di un accordo (diritto di veto) e che la condizione dell'accordo è che venga accettato ciò che ragionevolmente è irrinunciabile ([71]). Peraltro, in relazione alla versione scanloniana, Nagel nota che è più debole dire "tutti possono accettare", piuttosto che "nessuno può rifiutare". Questa seconda modalità può voler dire "tutti devono accettare" ([72]).

Un altro filone di teorie procedurali è quello che centra l'attenzione sulle modalità di conduzione del discorso. Dal punto di vista dei principi di fondo, anche nella prospettiva del discorso resta da dimostrare che l'eguale diritto di ognuno a partecipare alla comunicazione non costituisca una richiesta di principio. Nell'ambito della sua teoria della ragion pubblica, Habermas sostiene esplicitamente che la sovranità e i diritti siano cooriginari ([73]).

([70]) Com'è noto, Barry distingue due teorie diverse della giustizia: una come vantaggio reciproco, l'altra come imparzialità. Alla teoria della giustizia come imparzialità è sottesa l'idea che per essere giusti non si possano guardare le cose da un solo punto di vista, l'idea che sia necessaria una motivazione propriamente morale, il desiderio di giustificare le proprie scelte in modo imparziale. Il movente alla giustizia è il desiderio di agire secondo principi che una persona non possa ragionevolmente rifiutare. Egli identifica l'imparzialità con l'oggettività: "In cosa consiste l'imparzialità? nel non allontanarsi dall'oggettività nemmeno in modi più sottili"; "le ragioni di una decisione devono essere generali, enunciabili pubblicamente e pubblicamente difendibili" (B. BARRY, Teorie della giustizia, cit., p. 317). La critica di Steiner è che alla base dell'idea della giustizia come imparzialità ci siano diritti naturali, in questo caso, a differenza di Nozick, non i diritti naturali di proprietà, ma diritti di libertà. Tali diritti costituiscono il cuore normativo dell'imparzialità (H. STEINER, *Impartiality,* Freedom and Natura2 *Rights,* in "Politica1 Studies", 44, 1996, pp. 311-313).

([71]) Cfr. T. M. SCANLON, art. cit., pp. 133-164.

([72]) Cfr. T. NAGEL, *Equality* and *Partiality,* Oxford University Press, New York, Oxford 1991, pp. 36-38.

([73]) "La cooriginarietà di sovranità popolare e diritti dell'uomo si spiega col fatto che la prassi civica dell'autolegislazione dev'essere sempre istituzionalizzata sotto forma di diritti politici di partecipazione attiva. I1 che presuppone però lo status di persona giuridica quale titolare di diritti individuali: e qualunque ordinamento fondato su tale status non può esistere senza i classici diritti di libertà. Non esiste dunque nessun "diritto" positivo senza questi "diritti". E il diritto positivo diventa l'unico linguaggio che consenta ai cittadini di garantirsi reciprocamente la partecipazione attiva alla prassi autolegislativa dando fondamento reale alla sovranità popolare" (J. HABERMAS, Solidarietà tra estranei, cit., pp. 134-135).

Alexy, ispirandosi alla teoria del discorso di Habermas, parte dalle condizioni procedurali dei discorsi razionali per arrivare a definire le condizioni del discorso giuridico. In esso si presuppongono condizioni di comunicazione tali da scongiurare ogni interruzione razionalmente immotivata dell'argomentazione, da assicurare l'accesso universale e paritario all'argomentazione e da consentire una partecipazione caratterizzata da simmetria e pari opportunità, così come la libera scelta dei temi, l'inclusione dei migliori argomenti e l'esclusione delle costrizioni (74). La giustizia o giustezza dipende in ultima analisi dal rispetto delle regole di formazione del giudizio imparziale. La giustizia come correttezza nella distribuzione e nella compensazione conduce all'idea della giustizia come possibilità di fondazione o di giustificazione mediante ragioni. Si presuppone dunque, anche in questo caso, che sia possibile argomentare razionalmente in materia di giustizia e che la teoria della giustizia debba tener conto in eguale misura, delle caratteristiche dei soggetti, dei loro interessi e bisogni (75).

Alexy stesso ripropone il parallelo tra verità e giustizia: "il più importante *anàlogon* del concetto di giustizia è il concetto di verità. Così come la verità è il più alto criterio di valutazione della correttezza di proposizioni che vertono intorno a ciò che accade, allo stesso modo la giustizia è il più alto criterio di valutazione della correttezza di distribuzioni e compensazioni" (76). Nella prospettiva della teoria dell'argomentazione, la verità va intesa, ancora una volta, come relazione con le ragioni.

Paragonata alla procedura kelseniana, la procedura di Alexy costituirebbe una versione forte, secondo la definizione prima richiamata (77), cioè produttiva di verità. Ciò è problematico: se da un lato Alexy sostiene esplicitamente che la teoria del discorso si proponga come una procedura di argomentazione e non di decisione (78), anche se nel caso dell'argomentazione giuridica, che è un caso speciale dell'argomentazione pratica (79), l'ultima fase dell'argomentazione è costituita dalla decisione giudiziale (80); dall'altro,

---

(74) Cfr. R. ALEXY, Teoria *dell'argomentazione* giuridica, cit. pp. 152-155. In base a queste caratteristiche, l'argomentazione giuridica secondo la versione di Alexy è più affine alla versione scanloniana di posizione originaria rispetto alla versione rawlsiana.

(75) Affinché derivino dal discorso conseguenze normative, occorre includere per definizione, tra le sue regole, il principio di universalizzabilità (cfr. le osservazioni in merito alle teorie di APEL, HABERMAS e ALEXY, B. CELANO, Etica della comunicazione e legge di *Hume*, in "Rivista di filosofia", 86, 3, 1995, pp. 439-463).

(76) R. ALEXY, Giustizia come correttezza, in "Ragion pratica", 9, 1997, p. 105.

(77) Cfr. L. GIANFORMAGGIO, art. cit., p. 160.

(78) Cfr. R. ALEXY, Teoria *dell'argomentazione* giuridica, cit., p. 107.

(79) Cfr. ivi, pp. 169-232.

(80) Alexy si è occupato dell'idea di una teoria procedurale dell'argomentazione, della sua struttura e dei limiti in R. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der *juristischen Argumentation*, in "Rechtstheorie", 2, 1981, pp. 177-188.

egli tiene a precisare che tra l'emotivismo (secondo il quale i giudizi di giustizia sono l'espressione di una presa di posizione o di una decisione) e l'oggettivismo radicale (secondo il quale i giudizi di giustizia sono giudizi di fatto) si trovi la teoria del discorso ([81]). Ad ogni modo, resta ambigua la "collocazione"della decisione, o, meglio, la sua relazione con la ragione o con l'argomentazione. Se è qualcosa che si aggiunge all'argomentazione, occorre spiegare la procedura di decisione. Se è qualcosa che scaturisce "spontaneamente" dall'argomentazione, occorre spiegare il meccanismo di motivazione. Se non è pertinente all'argomentazione, sorge il sospetto che essa sia unicamente una sorta di meccanismo di controllo *ex post*. Ancora una volta, un problema di ragion pratica. In ogni caso, la definizione di giustizia come correttezza nella distribuzione e nella compensazione mette ancora una volta in luce il legame tra giustizia e giustificazione.

Il rapporto tra discorso e diritti, secondo Alexy, si può porre su due livelli. Da un lato, le regole generali della giustificazione pratica presuppongono il diritto di libertà di ogni individuo, non solo di prendere parte al discorso, ma anche di problematizzare qualsivoglia argomento, addurre proprie ragioni, ecc.. Dall'altro, egli sostiene che sia possibile fornire una giustificazione dei diritti a partire dalle regole del discorso razionale ([82]). A tal fine, egli utilizza l'argomento dell'autonomia, del consenso e della democrazia. In base al primo, chi partecipa in un discorso, presuppone l'autonomia di suoi partners; in base al secondo, si presuppone l'eguaglianza di tutti; il terzo argomento riguarda la continuità tra diritti di partecipazione, diritti di libertà e diritti sociali ([83]).

Ancora una volta è possibile notare che procedura e diritti sono reciprocamente giustificantisi, venendo in luce una circolarità nella fondazione. La reciproca referenzialità di discorso e diritti non fa che accentuare l'indisponibilità dei contenuti veicolati nella teoria.

6. *Conclusioni*

Dopo questa veloce incursione tra alcune delle teorie della giustizia contemporanee si possono fare alcune osservazioni conclusive su due livelli: in relazione al rapporto tra assunti sostanziali e procedure, ed in relazione alla revisione del concetto di verità.

([81]) R. ALEXY, Giustizia come correttezza, cit., p. 105.

([82]) Cfr. R. ALEXY, *Discourse Theory* and *Human* Rights, in "Ratio Juris", 9, 3, 1996, pp. 209-235.

([83]) Sui principali problemi relativi ai diritti sociali in relazione alle altre generazioni dei diritti, mi permetto di rimandare a A. SCHIAVELLO, I. TRUJILLO PÉREZ (a cura di), Diritti sociali vs. diritti di libertà?, in "Ragion pratica", 14, 2000, pp. 11-144.

Nella distinzione tra le teorie etiche, è owio che le teorie procedurali appartengono alle teorie fondate sui diritti ([84]), anche se il primato dei diritti accomuna la maggior parte delle teorie della giustizia. Abbiamo visto come le concezioni procedurali della giustizia, a differenza delle concezioni sostantive, condividono l'insistenza sul valore delle procedure e la loro priorità su criteri o principi sostanziali, ma ascrivono alle procedure alcune caratteristiche, quali l'eguaglianza e la neutralità, e rimandano, in ultima analisi, ad una giustificazione in base ai diritti ([85]). Abbiamo evidenziato come i diritti siano ragioni di scelta delle procedure e come le procedure siano scelte per tutelare i diritti. Il rapporto d'interdipendenza è da situare in un quadro caratterizzato dal tentativo di riawicinare l'ambito della giustizia e l'ambito della ragionevolezza.

L'interdipendenza tra procedure e diritti può essere interpretata in diversi modi: in quanto tradimento alla neutralità delle procedure, l'assunzione indiscussa dei diritti e la non giustificazione del ruolo centrale che essi svolgono comporta un atteggiamento dogmatico che non si adatta bene al panorama delle società pluraliste e presta il fianco alla critica della circolarità della fondazione, che in ultima analisi è autoreferenziale. Si potrebbe dire che i diritti sono "veri" in quanto sottratti al dialogo e alla critica. La dipendenza delle procedure dai diritti può essere osservata anche da un altro punto di vista: i diritti sono ragioni che sostengono, alimentano e consentono al discorso di procedere. In tal senso, le teorie procedurali danno atto di una revisione della ragione che prende le distanze dalla sua versione forte, ma che non rinuncia alla ragionevolezza e sottolinea il carattere dinamico di una ricerca che non parte mai da zero, ma che si serve di pregiudizi e di anticipazioni. Se la verità viene intesa come una relazione tra una tesi (un'opinione, un convincimento o una decisione) e le ragioni che la giustificano, tale relazione è compatibile con progressivi approfondimenti; con versioni provvisorie (in relazione alle condizioni contestuali); con tesi minimali (per esempio, nel caso in cui si sostiene che l'esito di una procedura possa essere soltanto l'esclusione di soluzioni inadatte). In un certo senso, il valore che riconosciamo alle concezioni procedurali può essere addebitato, in ultima analisi, alla possibilità di intesa e, dunque, di comunicazione di cui sono espressione.

Non è peraltro indifferente che le ragioni di scelta delle procedure siano i diritti. Il carattere normativo del diritto consiste in un certo senso nell'anticipazione di un consenso (politico), sicché il primato dei diritti sta ad

---

([84]) Cfr. R. DWORKIN, Taking *Rights* Seriously, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1977, pp. 169-170.

(85) Come del resto è stato notato da H. L. H. HART, Essays in *Jurisprudence* and Philosophy, Clarendon Press, Oxford 1983, p. 195.

indicare la convergenza su alcuni princìpi o assunti. Tuttavia, anticipare è diverso da presupporre: nell'azione di anticipare, l'adesione può essere sottoposta a critica in seguito. Ciò è evidente nell'idea dei diritti come vincoli preventivi. Il fatto interessante e problematico allo stesso tempo è che, da un lato, il carattere normativo dei diritti pone dei limiti di ragionevolezza al potere della maggioranza. D'altro lato, entro certi limiti — cioè in un discorso contestualizzato fattualmente e normativamente — la maggioranza determina il significato stesso dei diritti, con le implicazioni problematiche che ciò comporta in relazione alla costituzionalizzazione dei diritti e all'equilibrio tra i diversi poteri dello stato ([86]).

Il consenso ragionevole svolge un ruolo fondamentale nelle teorie procedurali. Le teorie procedurali comportano la ricerca, non di un consenso fattuale, che non potendo che identificarsi con quello della maggioranza, sarebbe superfluo, ma della disponibilità al dialogo dei contenuti che prevedibilmente otterranno un'accettazione generale. Ciò equivale a dire che anche l'esercizio del potere della maggioranza va sottoposto a critica. La ragione delle teorie procedurali si esplica come discorso facendo uso dell'argomentazione come modalità di estrinsecazione delle ragioni. In un certo senso, i diritti sono ragioni addotte in un momento concreto del discorso e consentono di procedere nella determinazione di ulteriori principi o concretizzazioni degli stessi diritti. Eppure, se si vuole evitare la minaccia del concetto assoluto di verità, anche i diritti devono essere sottoposti al vaglio critico, occorre esaminare in cosa consista la loro non arbitrarietà. Il consenso anticipato tramite i diritti non deve essere sottratto a critica in modo definitivo.

ABSTRACT

Procedura1 justice is extremely proper in pluralistic and multiculturalist context. Many present theories of justice suggest resorting to procedures as option to unavalaible disputed contents. In this article, author shows some presuppositions of these theories and the dependence of procedures on reasons and rights.

L'idea di giustizia procedurale risulta particolarmente confacente a contesti pluralistici e multiculturali. Molte teorie contemporanee della giustizia infatti propongono il ricorso alle procedure come alternativa a controversi contenuti indisponibili. In questo contributo si mettono in luce alcune presupposizioni comuni a queste teorie e si mostra la dipendenza tra procedure e ragioni, in ultima analisi, tra procedure e diritti.

([86]) Cfr. l'ultimo capitolo di R. ALEXY, *Theorie* der *Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, Frankfurt am Main 1994.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

GIOVANNI TUZET

CONSIDERAZIONI SULL'OPERA DI R. RORTY

Si calano le brache allo spirito filosofico
per sculacciarlo come si deve!
F.T. MARINETTI

1. – L'idea che si sia un 'migliore' appartiene alla speranza? Alla disposizione psicologica di chi spera? O appartiene ad una dimensione escatologica che informa la nostra cultura? O va di pari passo allo sviluppo tecnico che ha segnato e segna l'occidente?

E perché non potrebbero essere le tre cose ad essere parimenti vere?

2. – Annunciando la 'fine della filosofia', Richard Rorty presenta un quadro storico, politico, e sociale in cui non troveranno spazio le dispute della tradizionale dogmatica, filosofica e scientifica. Non avranno credito le domande circa la Verità, il Bene, il Bello. La cultura post-filosofica sarà liberata dalle inconcludenti speculazioni, così come rigetterà le presuntuose certezze della scienza (1).

Eppure la cultura post-filosofica non intende, a propria volta, bandire una crociata: non affronterà di petto la dogmatica e nemmeno la condannerà. Semplicemente, parlerà d'altro. Ecco perché le domande filosofico-scientifiche verranno screditate: si parlerà d'altro. Interrogarsi sul Bene, sul Bello, sull'Umana Razionalità, non sarà proibito ma sarà, piuttosto, insensato. L'interrogazione filosofica, come la ricerca scientifica, sarà dunque destituita di senso, terminerà in quanto privata della possibilità di asserire cose interessanti, ed utili. Rorty sembra prospettare per la filosofia, ed in generale per l'occidente dal sapere anticamente dogmatico, una fine analoga a quella prevista, fatte le debite distanze, dal neopositivismo (dal Circolo di Vienna) nei confronti, più in particolare, della metafisica. Se intesa come specula-

(1) A titolo esemplare, vedi la parte quinta dell'introduzione, *A Post-Philosophical* Culture (pp. xxxvii-xliv), di R. RORTY, Consequences *of Pragmatism*, Brighton, Harvester Press, 1982. (Trad. italiana di F. Elefante, Conseguenze del pragmatismo, Milano, Feltrinelli, 1986).

zione astrattamente impermeabile, l'interrogazione filosofica è destituita di senso. Ad essa si sostituisca il valore della pratica, della conversazione, e del consenso negoziato fra i membri di una comunità.

Ciò che deve essere finalmente messo in luce è il carattere mistificatorio della conoscenza filosofica, e di quella scientifica, così come sono state intese da una tradizione incapace di coglierne il significato strumentale. È illusoria la pretesa di conoscere una realtà *out there,* esterna e determinata; è mistificatoria la pretesa di attestarla in verità. Se non è dunque definibile una realtà in questi termini, è conseguente l'accettazione della strumentalità del conoscere. (In questa chiave Rorty interpreta il pragmatismo americano, di Dewey in particolare). È da scartare il modello epistemologico realista, che suppone un mondo capace di autorivelarsi, determinando i contenuti della conoscenza; è ugualmente tralasciabile il modello antirealista, che, all'opposto, legge nel mondo i soli segni istituiti dal sapere. Che nel 'mondo' si riveli il mondo, o il pensiero, o il linguaggio, o la storia, non fa molta differenza: non così si esce dalla metafisica della presenza, ritiene Rorty. Il mondo, piuttosto, dovremmo lasciarcelo alle spalle (*The world well Zost* — è il titolo di un celebre articolo di Rorty (2)).

Il percorso filosofico che da Hegel, attraverso Nietzsche ed Heidegger, giunge a Foucault e Derrida, chiede dunque di essere concluso; chiede che si metta agli atti la fine della stessa filosofia, riconosciutasi inutile in quanto filosofia, incapace di liberarsi dalle catene dogmatiche se non con l'estremo rifiuto di sé.

Ma se ogni sapere è sapere strumentale, frutto di un'attività gnoseologica orientata (ed orientante), ci chiediamo cosa orienti Rorty. Non è forse fuori luogo immaginarlo come osservatore esterno, imperturbabile, massimamente oggettivo, intento ad una descrizione impersonale? Sarebbe veramente paradossale attribuirgli una sorta di *God's eye view.* Dunque, da dove parla Rorty? In quale prospettiva si muove? È possibile, consideratane la tesi, distinguerne l'ispirazione?

Il filosofo americano farebbe forse cadere la nostra domanda (anziché contestarla), oppure chiarirebbe che nei suoi intenti rientra non solo l'abbandono del *God's eye view,* ma di qualsiasi *view,* in quanto vizio insito in una tradizione di tipo rappresentazionalista, che egli intende superare. *Ergo* la nostra pretesa di attribuirgli un certo orientamento, di individuarne l'ispirazione (usiamo, tra l'altro, questo termine per evitare quello di 'fondamento', estraneo più di ogni altro agli scritti di Rorty), si espone all'obiezione di voler introdurre il 'punto di vista' proprio dove esso è rifiutato. Non sarebbe dunque legittimo parlare di una certa visione del mondo a proposito di Rorty, perché l'esistenza di tali immagini è precisamente ciò che egli contesta. L'epoca 'post-filosofica' sarà caratterizzata dalla dissoluzione delle opposi-

(2) *In* R. **Rorty**, *Consequences of Pragmatism,* cit., **pp.** 3-17.

zioni quali relativismo/dogmatismo o realtà/apparenza, poiché supererà la tradizione essenzialista e l'idea che ci debba essere un'accurata rappresentazione di come il mondo è; l'antirappresentazionalismo guarda al giorno in cui i problemi saranno dissolti. Ma si prenda in considerazione una siffatta prospettiva: nel merito, cosa essa configura? Una sorta di condizione finale, caratterizzata dalla dissoluzione di tutti i problemi generati dalla tradizione essenzialista e rappresentazionalista; uno stadio ultimo, migliore (se non il migliore), consentito dal fatto che le 'colpe' sono state individuate, riconosciute e, possibilmente, espiate.

Da dove l'idea di una 'fine della filosofia', l'idea di un'epoca ultima e felice, coincidente con la fine di un'epoca transitoria e travagliata? Da dove l'idea di progresso? (tecnico o politico che sia). Come e perché parlare di 'speranza sociale'? (*social hope*) ([3]). Non è qui all'opera, forse, una delle tante secolarizzazioni dell'escatologia cristiana che l'occidente ha conosciuto? Non vi è l'eco della speranza più alta?

Una preziosa ricostruzione dell'influsso escatologico sulla cultura occidentale è stata proposta da Karl Lowith ([4]); è interessante notare come

---

(3) Si veda specialmente R. RORTY, *Philosophy* and *Social* Hope, London, Penguin Books, 1999 (la sezione seconda soprattutto, Hope in place of knowledge: *A* Version of Pragmatism, e l'articolo 18, Looking Backwards from the year 2096, che immagina utopicamente un mondo ove parlando di fraternità non sia più necessario parlare di diritti).

(4) K. LÖWITH, Significato e fine della storia (1949), Milano, Il Saggiatore, 1989. "La coscienza storica moderna si è liberata dalla fede cristiana in un evento centrale d'importanza assoluta, ma tiene fermo ai suoi presupposti e alle sue conseguenze, e precisamente alla concezione del passato come preparazione e del futuro come compimento, in modo da ridurre la storia della salvezza all'impersonale teologia di uno sviluppo progressivo in cui ogni stadio attuale è il compimento di certe preparazionistoriche" (p. 212). — Della tesi di questo libro, che comunque sia rimane un bellissimo libro, è stata avanzata una critica in H. BLUMEMBERG, Die Legitimitat der Neuzeit (1966), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1988 (v. il capitolo III della prima parte soprattutto). — Sulla 'filosofia della storia' di Rorty, si consideri il seguente passaggio di M. FERRARIS (Storia dell'ermeneutica, Milano, Bompiani, 1988): "il sentimento de-teorizzato della comunità, che egli [Rorty] propone come guida in una società post-filosofica, si presenta come la verità del nostro mondo e della nostra epoca; che questa verità si neghi come pretesa di verità e si affermi come venir meno di ogni altra pretesa di verità, non toglie che essa si qualifichi come un asserto generale e universalmente valido — cioè filosofico — e come attributo specifico di un'epoca — cioè come determinazione storica — il che implica altresì una filosofia della storia [corsivo nostro], quella filosofia che del resto abbiamo visto in opera nella ricostruzione rortiana del pensiero moderno. Così che in Rorty coesistono di fatto due filosofie: quella che si pratica nei dipartimenti di filosofia, che è semplicemente una specialità accademica e un genere di scrittura, e che interessa a pochi [...]; e una filosofia più vasta e universale, che Rorty nega come filosofia, ma a cui è rimesso il mandato di decretare la fine della filosofia come disciplina universale: senza peraltro assumersi l'onere della prova, precisamente in quanto nega la propria esistenza nel momento stesso in cui revoca la pretesa di universalità della filosofia" (pp. 359-360).

Voltaire rientri fra le figure da egli considerate. Fra le opere dell'illuminista Voltaire, mantiene un rilievo emblematico la conclusione del Candido, con il celebre invito del protagonista ad abbandonare le speculazioni circa il Bene ed il Male, per dedicarsi piuttosto alla cura del proprio giardino, L'antidogmatico Voltaire, che scrive il Candido per ridicolizzare l'ottimistica teodicea leibniziana e, con essa, l'idea di una provvidenza divina, vagheggia una redenzione secolarizzata e terrena, sostenuta dalla fede in un progresso ipotetico dell'umanità. Lo stadio conclusivo di tale processo coincide con l'abbandono delle sterili, se non dannose, fantasie filosofico-teologiche circa il significato ed il fine dell'esistenza umana e del mondo. Fatte, ancora, le debite distanze, è chiaro come Rorty rispecchi una posizione analoga; a Voltaire non interessa sapere se, leibnizianamente, si stia vivendo nel migliore dei mondi possibili, e Rorty non si cura dei concetti di Verità o Giustizia; entrambi invitano a praticare e sperimentare una certa condotta, senza ricercarne i fondamenti o gli scopi ultimi. Forse, entrambe le posizioni sono debitrici nei confronti della stessa concezione della storia, per significato e fine; entrambe vagheggiano una condizione liberata, finale, migliore, anzi, la migliore. Forse, l'appello post-filosofico di Rorty, illuministico nella pretesa di liberare gli uomini dall'oscura metafisica, è profondamente intriso di dogmatica cristiana, come lo sono stati Voltaire, Hegel, Marx, Nietzsche.

3. – Venendo al concetto di Verità, uno di quelli che la post-filosofia dovrebbe dimenticare, è interessante notare come Rorty lo mantenga in un'accezione ristretta, circoscritta ad un preciso progetto, cioè quale predicato che attribuiamo a certe nostre descrizioni del mondo. "The world is out there, but descriptions of the world are not. Only descriptions of the world can be true or false. The world on its own — unaided by the describing activities of human beings — cannot" (5).

Se l'idea di una Ragione umana fissa ed immutabile è da abbandonare, è invece da mantenere una razionalità pragmatica, contingente, indispensabile ad una società che voglia definirsi liberale. Quindi, venendo al concetto di Verità, può ben essere mantenuta un'accezione in cui il predicato 'vero' non risulti insensato, ed è quella definita dalla capacità di soddisfare un certo

---

(5) R. RORTY, Contingency, irony, and solidarity, Cambridge University Press, 1989, p. 5. (Trad. italiana di G. Boringhieri, La filosofia dopo *la* filosofia, Roma-Bari, Laterza, 1989. — A proposito di questo testo, per ciò che riguarda il titolo, ci chiediamo cosa abbia determinato la scelta del traduttore italiano: il titolo originale "Contingency, irony, and solidarity" è stato mantenuto in italiano — Contingenza, ironia e solidarietà — solamente come sottotitolo; perché questa scelta discutibile, considerato in più che il testo è articolato in tre parti corrispondenti ai tre concetti? Che la traduzione italiana abbia voluto richiamare il Rorty post-filosofico divulgato da precedenti testi e già noto al pubblico? Se è così, lasciamo al lettore stesso il giudizio sull'operazione).

scopo. Parlare di Verità non significa nulla; è invece utilizzabile il concetto di 'verità funzionale'. In questo modo Rorty può riabilitare il sapere scientifico che, da sterile dogmatica assimilata a quella filosofica, può mutarsi in conoscenza socialmente preziosa se saprà accogliere una concezione strumentale di sé. Come il sapere in generale, la scienza avrà credito se saprà rispondere alle esigenze maturate in seno alla società; una scienza che funziona, piuttosto che una scienza alla ricerca del Vero.

Verità funzionale, scienza funzionale, sapere strumentale, sono definizioni che ricordano, oltre il pragmatismo nella sua accezione banale, un fenomeno che sembra caratterizzare il nostro tempo, il fenomeno che potremmo definire di teleologizzazione della pratica. Si passa dall'approvazione di ciò che funziona in quanto rispondente con successo ad uno scopo, all'approvazione del funzionare stesso, divenuto scopo. Non è più un fine a decidere di ciò che funziona, come deterrninato dallo scopo: lo scopo è deterrninato da ciò che funziona. Fra gli esponenti di quello che viene oggi definito costruttivismo radicale, si sostituisce alla tradizionale concezione della verità come corrispondenza, il concetto di adattamento funzionale (6). Questo permette, forse, di superare una metafisica della presenza, ed una concezione della verità come svelamento di ciò che già esiste, ma, nel contempo, espone al rischio di compiere il passo di cui sopra, per cui dalla valutazione dei mezzi in riferimento ai fini, si passi all'apprezzarnento di ciò che funziona *tout* court. Si presenta in questo modo il problema suscitato dalla tecnica, cioè quello della giustificazione e *legittimazione* ipso facto *di* ciò che funziona, che è un rischio implicato nella teleologizzazione della pratica. Il passo è breve. La verità funzionale di Rorty non è lontana dall'adattamento funzionale del costruttivismo radicale. Di certo, sarebbe da approfondire il concetto di adattamento, ma ciò che immediatamente appare come una pericolosa implicazione del costruttivismo radicale, è l'acritico consenso prestato a ciò che si pratica con successo. Teleologizzazione della pratica, dicevamo.

Se questo è un rischio effettivo, lo stesso Rorty lo corre. La ripresa della tradizione pragmatista, nell'era della tecnica può configurarsi quale mera copertura di un fenomeno più profondo. Di una teleologizzazione della pratica che risponde ad un tratto essenziale della tecnica: la teleologizzazione dei mezzi. Il concetto di fondamento, come dicevamo, è probabilmente quello che Rorty intende abbandonare più di ogni altro; preferisce parlare di obiettivi (democrazia, solidarietà) piuttosto che di principi fondanti; invita dunque ad una certa pratica, socialmente ispirata, guardandosi dal

---

(6) Cfr. P. WATZLAWICK (a cura di), La realtà inventata, Milano, Feltrinelli, 1992; ivi in particolare l'articolo di H. VON GLASERFELD, Introduzione al costruttivisrno radicale (pp. 17-36), e quello di H. VON FOERSTER, Costruire una realtà (pp. 37-56).

darne una formulazione teorica. Ma non deve la pratica guardarsi dalla pratica stessa? Come garantire che la pratica stessa non si accolli l'importanza degli obiettivi? Come distinguere e denunciare una pratica che diverga dagli obiettivi ad essa affidati?

4. – Con le domande sulla pratica entra in gioco il diritto. Che rapporto si pone fra la post-filosofia e le discipline umane che non siano la filosofia stessa? Annunciare la 'fine della filosofia' significa annunciare al contempo la fine del diritto, dell'arte, della scienza? Salvo il carattere particolare di quest'ultima (vi abbiamo già fatto cenno), la fine della filosofia non implica l'estinzione delle differenti discipline. Anzi è la filosofia stessa, trasfigurata, ad assumerne i caratteri. È significativa la tendenza contemporanea che riduce la filosofia ad un genere di scrittura. Diminuisce dunque la distanza tra l'espressione filosofica e l'espressione artistica, o quantomeno letteraria. Il caso del diritto sembra più difficile. In che dimensione si colloca l'espressione giuridica, una volta terminata la filosofia? Che questa ne assuma i caratteri, come assume quelli artistici, sembra poco plausibile. (Ma quali sono i caratteri del diritto?). È forse il diritto ad assumere i caratteri della filosofia, facendosi carico di un onere che la filosofia non è più in grado di reggere? Sarebbe senza dubbio un'ipotesi affascinante. Dubitiamo che Rorty possa accettarla: che senso avrebbe un antidogmatismo filosofico sostituito da un dogmatismo giuridico? (Ma che tipo di dogmatismo sarebbe?).

In ogni caso si pone il problema di determinare le conseguenze che la prospettiva pragmatica di Rorty implica, che lo voglia o meno, per le discipline specifiche con cui entri in relazione. Ad esempio, affermare che la democrazia è più importante della filosofia o della verità non è sufficiente ([7]); è necessario un confronto con i problemi, squisitamente giuridici, che la posizione solleva, sia in merito alla definizione teorica dell'obbiettivo, sia in merito alle modalità per ottenerne la realizzazione. Ad esempio, è chiaro che non esiste un'unica definizione di democrazia, come è chiaro che non esiste un'unica definizione di diritto. Ergo, chi definisce l'obbiettivo da realizzare? Ed inoltre, riconosciuto astrattamente che si abbiano dei diritti, di quali mezzi si dispone per promuoverli? Di quali per vederli riconosciuti? Quali criteri per conseguire ciò che una società autenticamente liberale promette? Ammessa la fine della filosofia, e la coeva fine dell'etica, è precisamente il diritto ad essere chiamato in causa, come luogo di confronto e di conflitto? Deve il diritto farsi carico di un insieme di domande a cui non possono più rispondere gli altri saperi? Rorty risponderebbe negativamente,

---

([7]) R. Rorty, The *priority* of *democracy* to *philosophy*, in Objectivity, *relativism*, and *truth*. Philosophical *papers*, vol. 1, Cambridge University Press, 1991 pp. 175-196. (Trad. italiana di M. Marraffa, Scritti filosofici, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 1994).

crediamo, ribadendo che le questioni appartenenti al passato dogmatico devono essere lasciate cadere. Eppure resta il dubbio che un'ipotesi siffatta, la 'fine della filosofia', non abbia altro effetto che il trasferire in un diverso ambito una serie di problematiche irrisolte e che chiedono ancora e comunque delle risposte. Il fatto che la fine della filosofia possa riversare sul diritto certe responsabilità della filosofia stessa, in chiave teorica, fa pensare che il modello post-filosofico si risolva, in fondo, in un'operazione di facciata, a meno che non si concepisca ingenuamente il diritto, come mero strumento circa il quale non si pongano controversie teoriche né problemi applicativi, e al cospetto del quale, si dissolvano certe questioni dogmatiche come la distinzione del vero e del falso, o del bene e del male.

Pronunciarsi su questo punto è necessario: se si intende mantenere un modello post-filosofico,si deve rendere conto dei compiti assegnati al diritto — fra le altre discipline; se non si fosse in grado di definire tali compiti, o se venisse rilevato che al diritto spetterebbero compiti definitori e programmatici prima appartenuti *in primis* alla filosofia e alla morale, sarà il modello post-filosofico a dover essere messo in discussione, poiché nelle molteplici discipline in cui il sapere si dovrebbe stemperare si ritroverebbero gli stessi problemi precedentemente appartenuti alla filosofia. In questo caso, il modello post-filosofico fallirebbe, poiché non avrebbe dissolto certe problematiche filosofiche ma le avrebbe solamente rinviate a discipline più specifiche. Tutt'al più, il modello post-filosofico troverebbe un senso minimale nella riforrnulazione dei rapporti tra saperi diversi: sapere giuridico, filosofico, scientifico, artistico, storico, andrebbero ridefiniti attraverso lo studio delle reciproche influenze, scartando l'idea di una loro incommensurabile eterogeneità, o di una rigida gerarchia.

5. – Su teoria e pratica, Rorty non fa mistero di un'impostazione filosofica anti-teorica. Nel momento in cui separa nettamente teoria e pratica (metanarrazione e narrazione, per usare i termini di Lyotard ([8])), Rorty sembra riproporre l'obsoleta massima per cui ciò che vale in teoria non vale in pratica e viceversa. Semplificando, sembra riproporre la separazione tra essere e dover-essere. Nel rifiuto di fondamenti e di valori oggettivi e nell'appello ad un pragmatismo emancipato, si può leggere, ancora semplificando, l'incomunicabilità fra giudizio descrittivo e giudizio normativo, risolta a favore del primo, poiché se *la descrizione* è recisa *ab origine* con l'abbandono della tradizione rappresentazionalista, rimangono legittime *le descrizioni* effettivamente praticate, e indipendentemente da criteri normativi, ad esse esterni, che ne decidano.

([8]) J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne,* Paris, Les Éditions de Minuit, 1979. (Trad. italiana di C. Formenti, La *condizione postmoderna,* Milano, Feltrinelli, 1987).

Ci sembra che il punto filosofico di interesse sia invece il seguente: mantenere il carattere orientato del sapere senza rinunciare alla possibilità di una critica oggettiva. Cioè, mantenere che le nostre descrizioni vengano giudicate alla luce di criteri normativi e di principi di misura, che ne determinino il valore di verità.

Il debito escatologico di Rorty testimonia del carattere orientato del sapere? Ma una certa insensibilità per i temi giuridici ne rivela una certa insensibilità per ciò che è normativo? In sostanza, riconoscere il debito escatologico di Rorty, e rilevarne l'inadeguatezza in tema di diritto, significa per noi rilevare il carattere orientato del sapere senza, per questo, rinunciare ad un'opera di critica oggettiva nei confronti del sapere stesso. Cioè, se non è possibile la descrizione, ma solo ridescrizioni di ridescrizioni, ciò non toglie che vi siano ridescrizioni da abbandonare e ridescrizioni da rifiutare. In tutta semplicità, il criterio è quello del vero e del falso, senza alcuna drammatizzazione: il vero non si dice da sé, ma possiamo ben essere noi a distinguere il vero dal falso ([9]).

6. – Si potrebbe chiedere quale sia il legame fra tecnica ed escatologia presso Rorty; forse una fiducia pragmatista ed evoluzionista nelle realizzazioni effettive, in ciò che si adatta, in ciò che funziona ([10]). Qui cercheremo di definire il secondo carattere della scrittura di Rorty, cioè quello tecnico. Del carattere escatologico siamo ancora più incapaci di trattare, se non nella forma di 'suggestione' delineata in queste prime pagine.

7. – Di Rorty apprezziamo il senso del possibile, del nuovo, e del migliore. Ne apprezziamo meno l'antirappresentazionalismo: crediamo che sia il

---

(9) Contro una certa retorica del carattere orientato del sapere e del carattere prospettico della conoscenza si è recentemente pronunciato John Searle; il suo realismo esterno ha la forza e la debolezza di una petizione di principio, ma qui non possiamo addentrarci nella questione; ci limitiamo a dire che del reale parliamo attraverso enunciati di cui predichiamo la verità, e che dunque la nozione di reale non può prescindere da quella di vero, che è più 'interna' rispetto alla prima, rilevando del linguaggio e del pensiero (cfr. J. SEARLE, *Mind,* Language and Society, London, Weidenfeld & Nicolson, 1999; sulla nozione di verità, rimandiamo alla definizione 'minimale' datane in P. ENGEL, *La vérité,* Paris, Hatier, 1998 — si tratta di mantenere l'idea di verità come predicato, predicato che attribuiamo agli enunciati che riconosciamo come corrispondenti ai fatti, senza doverci necessariamente impegnare ad altri postulati metafisici circa la definizione di fatto o circa una definizione sostanziale della Verità; cogliamo l'occasione di questa nota per esprimere la nostra riconoscenza al prof. Pascal Engel, per le preziose indicazioni).

(10) In un pragmatismo evoluzionista si incontrano la prospettiva escatologica e la prospettiva tecnica, con la prima ad indirizzare la seconda riducendone il carattere aleatorio (la casualità darwiniana), e la seconda a determinare la prima (e utilizziamo determinare in un senso molto vicino a necessitare) riducendone il carattere trascendente.

possibile sia il nuovo sia il migliore, siano oggetto di rappresentazione, come ogni altro oggetto di conoscenza, e ciò non ne compromette il carattere di possibile, di nuovo, o di migliore; l'equivoco è nel pensare la rappresentazione come esclusiva (vi è una ed una sola rappresentazione corretta, ed è quella che rispecchia la realtà out *there* — oltretutto, si tratta di un'assunzione contraddittoria: come potrebbe una rappresentazione, che è frutto di un'attività epistemica e psicologica, rendere conto della realtà out there, cioè prescindente dalle nostre attività cognitive? La rappresentazione è un'interazione fra soggetto e mondo, e come tale esclude in principio una registrazione di ciò che è *out* there). Vi sono più rappresentazioni vere, degli stessi eventi, come vi sono più rappresentazioni false, a seconda dei criteri impiegati e degli elementi considerati — (di una stanza è vero che è al numero *a* della strada b della città *c*, come è vero che è stata costruita nell'anno *xyz*, o che attualmente è vuota, o che domani sarà presumibilmente allo stesso posto, ecc. — non vi è un limite alle rappresentazioni possibili, e per questo vi è sempre una rappresentazione nuova che può essere formulata). La mancanza dell'esclusività non implica la mancanza del vero e del falso. Ed è nostra capacità cognitiva, e nostro dovere epistemico, la distinzione della rappresentazione vera dalla rappresentazione falsa.

E rispetto ad un obbiettivo, ci sarà sempre una rappresentazione migliore fra le più rappresentazioni vere.

8. – Perché Rorty, dunque? Perché farne il nostro tema? Dobbiamo in effetti delle precisazioni ulteriori. Chiariamo innanzitutto che cercheremo di leggerne il pensiero oltre l'effetto di superficie che esso suscita, e dunque ci distanzieremo dalle interpretazioni che di lui vengono generalmente offerte. Quale il loro tratto comune? Leggere Rorty nei termini di Rorty; restare alla superficie di ciò che Rorty dichiara; restare sul terreno che Rorty indica (e questo non significa che egli vi si mantenga). Cercheremo di non decidere la nostra posizione a partire dalle alternative che egli pone. Perché dunque ci interessa?

Per il dibattito culturale degli ultimi anni, Rorty è l'esempio di ciò che non si deve fare. Con una superficialità generalizzata se ne cita il nome (raramente i testi), e con esso si mostra la soglia che non andrebbe oltrepassata. Rorty avrebbe già da tempo violato il confine fra razionalismo ed irrazionalismo. Rorty è dunque l'esempio da non seguire. Egli rappresenta il limite a cui si è spinto un sapere spregiudicato, erede del relativismo decadente, del nichilismo estetizzante (11). Rorty esprime posizioni che si rifiuta di soste-

(11) Seguono due esempi, tratti da lavori che si collocano rispettivamente in ambito ermeneutico ed analitico, a testimoniare una certa omogeneità, di *superficie*, nell'interpretare Rorty. G. VATTIMO (*Oltre l'interpretazione*, Bari-Roma, Laterza, 1994): "Rorty [...] accentua in modo esclusivo, in connessione con il suo impianto antifondazionalista, l'irrudicibilità delle ridescrizioni a qualsiasi forma di continuità; ciò

nere argomentativamente, formula inviti e suggerimenti *contingenti*, vuole essere *ironico* con se stesso, evitando di prendersi troppo sul serio ([12]). Per questo ogni pensiero rigoroso (in filosofia teoretica, politica, morale, giuridica, non importa — i giudizi sono gli stessi) se ne dovrebbe tenere a distanza.

> I shall define an "ironist" as someone who fulfills three conditions: (1) She has radica1 and continuing doubts about the final vocabulary she currently uses, because she has been impressed by other vocabularies, vocabularies taken as final by people or books she has encountered; (2) she realizes that argument phrased in her present vocabulary can neither underwrite nor dissolve these doubts; (3) insofar as she philosophizes about her situation, she does not think that her vocabulary is closer to reality than others, that it is in touch with a power not herself. Ironists who are inclined to philosophize see the choice between vocabularies as made neither within a neutral and universal metavocabulary nor by an attempt to fight one's way past appearances to the real, but simply by playing the new off against the old ([13]).

Il metafisico "assumes that the presence of a term in his own final vocabulary ensures that it refers to something which *has* a real essence. [...] The ironist, by contrast, is a nominalist and a historicist. She thinks that nothing has an intrinsic nature, a real essence" ([14]).

Ma le prese di posizione contro il Rorty relativista, 'nominalista e storicista' alla lettera, non fanno che stare al suo gioco. Noi cercheremo di

---

che vale sembra identificarsi qui con il nuovo, l'inedito, la proposta 'geniale', proprio del genio di tradizione romantica; che vale tanto più quanto è consapevole della sua totale infondatezza e infondabilità" (pp. 46-47); "ciò che viene chiamato l'irrazionalismo dell'ermeneutica è ciò che si può scoprire in autori come Rorty e come Derrida" (p. 134). P. EMANUELE (Il mito dell'analisi da Aristotele a Rorty, Roma-Bari, Laterza, 1993): "Rorty può considerarsi come il terminale estremo dei procedimenti della filosofia analitica: partita dall'intento di eliminare le nozioni metafisiche, ha poi proseguito con l'eliminare i presupposti della conoscenza, e ulteriormente con l'abolire il materiale stesso della conoscenza, cioè i dati" (p. 218); l'ultimo Rorty attua inoltre "il sacrificio del pensiero a favore della prassi del commento" (p. 220). (Ricordiamo, per la comprensione di queste citazioni, che gli esordi filosofici di Rorty avvengono in ambito analitico; aggiungiamo che si rimane parimenti nell'ambito della conversazione, o del 'commento' come dice Emanuele, se non si interroga la scrittura di Rorty; prenderne atto non è sufficiente).

([12]) SU questo si veda soprattutto R. RORTY, Contingency, irony, and *solidarity*, cit.

([13]) *Ibidem*, p. 73. Di seguito si comprende chiaramente il rapporto fra ironia e contingenza: la condizione raccomandata da Rorty è quella di coloro che sono "never quite able to take themselves seriously because always aware that the terms in which they describe themselves are subject to change, always aware of the contingency and fragility of their final vocabularies, and thus of their selves" (pp. 73-74). — Un "final vocabulary" è quello che esprime "which similarities and dissimilarities strike us as salient" (p. 192).

([14]) *Ibidem*, p. 74.

sottrarci ad esso, interrogandolo più in profondità. Rorty ci interessa perché ci suggerisce una riflessione su certi aspetti del nostro sapere che di rado vengono sufficientemente approfonditi, una riflessione sui limiti stessi del nostro sapere (poiché, come abbiamo detto, Rorty è ai limiti di esso). Il sapere in questione è, evidentemente, la razionalità occidentale. Proprio il fatto che Rorty sia considerato ai margini di essa, ci spinge ad interrogarci su di essa, e lo faremo proprio a partire da Rorty che ne viene escluso. Perché lo si esclude? Cosa significa un'esclusione? A cosa rimanda un relativismo? (se ne ammetta o meno la presenza in Rorty). A cosa rimanda un pragmatismo? (sembra essere l'unica definizione della propria opera che Rorty non mette in dubbio).

Dunque, una questione di status non ci interessa se viene posta in termini superficiali. Rorty irrazionalista? pragmatista? relativista? Come Rorty venga giudicato non ci sembra particolarmente significativo, se tale giudizio si mantiene ad un livello di lettura immediata, e ci sembra ingenuo se formulato nelle possibilità espressamente indicate dallo stesso Rorty, e nello stretto spazio delle alternative da lui poste. La questione non ha nessun vero interesse se la sua scrittura non viene preventivamente *interrogata* — (lo studio della pratica giuridica non è inutile: la filosofia, come ogni altro sapere, va interrogata). Cosa significa interrogarla? Significa (in termini anche rortiani, curiosamente) capire da quale luogo essa si sviluppi, In che senso la domanda è paradossalmente posta in termini rortiani? Rorty assume come premessa del proprio discorso l'impossibilità di uno sguardo da nessun luogo, inteso come sguardo oggettivo:

> no description of how things are from a God's-eye point of view, no skyhook provided by some contemporary or yet-to-be-developed science, is going to free us from the contingency of having been acculturated as we were ([15]).

Dunque ogni sguardo è formulato a partire da una certa prospettiva; la molteplicità delle prospettive è legittima, come sono legittimi i molteplici vocabolari che le esprimono, ad esclusione della prospettiva che pretende di essere a tutte superiore offrendo la sola versione corretta ed integrale (sguardo da nessun luogo, o God's eye view). Lo sguardo dello stesso Rorty non potrà dunque essere neutrale, a meno di non identificarsi con lo sguardo da nessun luogo, ed essere in palese contraddizione con se stesso. Rivolgiamo perciò il seguente interrogativo: da quale luogo e da quale prospettiva Rorty elabora il proprio vocabolario? Le stesse premesse rortiane, come abbiamo accennato, autorizzano una simile domanda.

([15]) R. RORTY, *Philosophical papers*, vol. 1, cit., p. 13. A proposito di Putnam, e della formula *God's* eye view, cfr. ibidem p. 24 ss.

Riteniamo che si possa formulare una risposta articolata in due punti principali: il *vocabolario* rortiano è in primo luogo un vocabolario *escatologico;* in secondo luogo è un vocabolario *tecnico.*

Nelle pagine che seguono cercheremo di provare la nostra lettura di Rorty per ciò che riguarda l'aspetto *tecnico* del suo vocabolario. (Sull'escatologia ci limitiamo ad un'ipotesi, suggestione, non avendo la capacità di tradurla in tesi).

9. – Il problema della tecnica, come noto, è già stato ampiamente trattato, nell'arco del novecento e non solo, da filosofi, saggisti e scrittori in grandissimo numero; non intendiamo qui confrontare le posizioni espresse nel merito. Solo alcuni lavori verranno presi in considerazione, in particolare l'opera di Jacques Ellul. La nostra cultura, anche nei suoi aspetti più comuni, sembra avere ormai assimilato certe generali vedute sul problema della tecnica, al punto che è divenuto luogo comune denunciare gli aspetti deteriori dello sviluppo tecnologico (disumanizzazione, sfruttamento indiscriminato delle risorse, inquinamento, ecc.). Ad ogni modo, un *vocabolario tecnico* sembra caratterizzare gran parte delle espressioni della cultura contemporanea (va da sé per ogni disciplina di rilievo tecnico-scientifico, ma non è escluso in ambito umanistico, e in particolare dove si parli di post-modernità, se l'esempio di Rorty ha un valore). Il problema su cui infine ci si dovrebbe concentrare è il seguente: con un vocabolario tecnico opera una *razionalità tecnica?* Siamo consapevoli di tutti i problemi che una nozione del genere solleva, a partire dall'apparente incompatibilità fra tecnica e razionalità, una volta che la prima venga definita in termini di bruto automatismo. Cercheremo comunque di spiegare in che senso debba essere ammessa una simile nozione — la nozione, cioè, di *razionalità tecnica.* E di chiederci se la razionalità tecnica non sia una forma della razionalità occidentale, o persino una sua forma esemplare,

10. – Tuttavia lo scopo di questo scritto non è quello di interrogare direttamente e profondamente la tecnica; è di vedere che, alla luce di una certa concezione della tecnica, Rorty ne è espressione.

I caratteri della tecnica che qui terremo in considerazione sono essenzialmente due: la *souplesse* (disponibilità, flessibilità, duttilità) e *l'autonomia* ([16]). La realtà è malleabile, modificabile, costruibile: *souplesse.* Le

---

([16]) Per queste valutazioni ci appoggiamo prevalentemente alle analisi di Jacques Ellul, e prevalentemente a tre opere che coprono quasi completamente l'arco del secondo novecento, pur non potendo dare conto, qui, della loro complessità e delle loro differenze: *La Technique ou l'enjeu du siècle* (1954), *Le système technicien* (1977), *Le bluff technologique* (1988).

operazioni di intervento sul reale e di sua modificazione si compiono secondo una logica interna che prescinde da valutazioni eteronome: autonomia. (A rigore, il primo carattere non è tanto un carattere della tecnica stessa, ma la proiezione su di essa di un carattere comune a quanto è suscettibile di esserne oggetto — la realtà disponibile).

"La technique est en soi suppression des limites" (17). Soppressione di limiti che riguardano l'oggetto (che è disponibile), e che riguardano le finalità (che non sono eteronome).

> Technique autonome, cela veut dire qu'elle ne dépend finalement que d'elle-meme, elle trace son propre chemin, elle est un facteur premier et non second, elle doit être considérée comme «organisme» qui tend à se clore, à s'autodéterminer: elle est un but par elle-meme. L'autonomie est la condition même du développement technique (18).

Autonomia significa poter decidere dei fini oltre che dei mezzi, poiché se un fine le fosse imposto la tecnica cesserebbe di essere autonoma (sarebbe un fine eteronomo). Ma *La* Technique *ou* l'enjeu *du* siècle di Jacques Ellul sviluppa la considerazione che il cambiamento tecnico avviene all'insegna di una dinamica che assegna ai mezzi il primato sui fini. Anche la scienza è divenuta un mezzo della tecnica, che la precede e ne detta gli orientamenti (19). Il rapporto fra tecnica, mezzi, e fini, può essere così delineato:

> Si l'on considère que dans toutes nos activités la technique particulière de chacun est la méthode employée pour atteindre un résultat, cela pose évidemment le problème des moyens. Et, de fait, la technique n'est rien de plus que moyen et ensemble de moyens. Mais cela ne diminue pas l'importance du problème, car notre civilisation est d'abord une civilisation de moyens et il semble que dans la réalité de la vie moderne les moyens soient plus importants que les fins. Une autre conception n'est qu'idéaliste (20).

Ma se 'i mezzi diventano più importanti dei fini', ed acquistano il primato su di essi, essi divengono dei fini: cioè diventano fini a se stessi, dei mezzi fini

---

(17) J. ELLUL, Le système techinicien, Paris, Calmann-Lévy, 1977, p. 167.

(18) J. ELLUL, Le système technicien, cit., p. 137. Ellul aggiunge che fra i caratteri del progresso tecnico sono da annoverare l'autoaccrescimento, l'automatismo, la progressione causale in assenza di finalità. O meglio in assenza di ogni altra finalità che non sia il progresso tecnico stesso. Autogiustificazione.

(19) J. ELLUL, LA Technique ou *l'enjeu* du siècle (1954), deuxième édition, Paris, Economica, 1990, pp. 5-8 (trad. italiana di C. Pesce, La Tecnica, rischio del secolo, Milano, Giuffrè, 1969). È il caso di pensare a ciò che oggi guida la ricerca scientifica nel campo dell'ingegneria genetica; la bioetica deve confrontarsi con i problemi sollevati da un'ingegneria, posti cioè da un'attività prettamente tecnica.

(20) J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu du* siècle, cit., p. 16.

a se stessi. Si tratta di ciò che abbiamo definito 'teleologizzazione dei mezzi'. La loro giustificazione non è più rispetto ad un fine da essi distinto, ma un'*autogiustificazione*. (E l'autogiustificazione è una giustificazione tautologica: x giustifica x).

Si presenta allora il problema *dell'indistinzione* fra mezzi e fini: se i mezzi stessi diventano fini, non c'è più modo di distinguere fra mezzi e fini; ergo un mezzo che rimanda a se stesso come fine, è un mezzo che si autogiustifica; ma l'autogiustificazione, come l'autoreferenzialità, è una forma di tautologia: ove x giustifica x, ove x rimanda a x, non vi è che una ripetizione di x. Dunque, se i mezzi diventano fini, al posto di una distinzione fra mezzi da una parte e fini dall'altra, gli stessi fenomeni che chiameremo mezzi-fini rinviano a se stessi e giustificano se stessi.

(Se quest'analisi è corretta, ai caratteri della *souplesse* e dell'autonomia è da aggiungere quello della tautologia ([21])).

11. – Il fenomeno tecnico incide in profondità la cultura occidentale ([22]). Che essa si dichiari critica nei suoi confronti non prova nulla; non ne prova l'estraneità, né tanto meno la capacità critica stessa. Rorty non dichiara mai esplicitamente il suo debito nei confronti della tecnica, eppure il suo vocabolario ne è profondamente influenzato. D'altra parte egli prende le distanze da qualsiasi forma di metafisica, eppure non è infondato ritenere che la sua opera sia ispirata da una escatologia cristiana. Il trait *d'union* fra le due fonti, è forse rappresentato da una forma di pragmatismo evoluzionista, punto d'incontro di una prospettiva escatologica e di una prospettiva tecnica ([23]). I concetti di progresso ed adattamento sono eloquenti. I riferimenti all'opera di Darwin sono eloquenti.

I richiami lusinghieri all'opera di Darwin non implicano, sia chiaro, che Rorty sia un darwinista sociale, tutt'altro ([24]). Eppure non possiamo non interrogarci sul significato di simili richiami; cercheremo di farlo più

([21]) Genericamente, attribuiamo un carattere tautologico a ciò che si ripete; se ad esempio la definizione di x consiste in x, è una definizione tautologica, nel senso che nel definiens si ripete il definiendum; è dunque tautologico ogni processo che non comporta alcuna acquisizione di elementi nuovi, limitandosi a ripetere o riprodurre.

([22]) Cfr. J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu* du siècle, cit.; si noti che una mera 'operazione tecnica', o l'insieme delle stesse, non deve confondersi con il 'fenomeno tecnico' che riguarda il nostro tempo (p. 16 ss.).

([23]) V. il paragrafo 6 *supra* e la nota 9.

([24]) Ricordiamo il ruolo riservato alla solidarietà: "In my utopia, human solidarity would be seen not as a fact to be recognized by clearing away «prejudice» or burrowing down to previously hidden depths but, rather, as a goal to be achieved. It is to be achieved not by inquiry but by imagination, the imaginative ability to see strange people as fellow sufferers" (R. RORTY, Contingency, *irony,* and solidarity, cit., p. xvi).

attentamente di quanto Rorty faccia, o faccia credere. Ad un primo acchito, lo ripetiamo, il pragmatismo solidarista di Rorty non ha nulla a che fare con progetti di tipo tecnocratico. Rivendica al contrario il proprio carattere utopistico.

> A historicistand nominalist culture of the sort I envisage would settle [...] for narratives which connect the present with the past, on the one hand, and with utopian futures, on the other. More important, it would regard the realization of utopias, and the envisaging of still further utopias, as an endless process — an endless, proliferating realization of Freedom, rather than a convergence toward an already existing Truth ([25]).

La filosofia politica di Rorty si presenta come contrapposta ad una filosofia politica di segno tecnocratico, o funzionalista; ma vista in profondità ne rivela un tratto essenziale. Cioè che una pratica è al principio della propria giustificazione ([26]). Non si giustificaperaltro, ma *per* se. Il fine che giustifica il mezzo è il mezzo stesso. Si tratta di una *teleologizzazione* della pratica, per cui ogni forma di pratica è sufficiente a giustificare se stessa.

Ma come può, il pragmatista rortiano, invitare a qualcosa che non avremo modo di giudicare con criteri esterni ma con il solo criterio del vocabolario che ad esso ci invita? Ha senso un giudizio interno? In esso è mantenuta la possibilità di un giudizio negativo? (perché vi sia giudizio, deve esservi la possibilità di un giudizio negativo, ma un giudizio interno tende all'autoapprovazione e all'autogiustificazione). Può la tecnica giudicare la tecnica? Possono le pratiche sociali giudicare le pratiche sociali? I comportamenti i comportamenti, le regole le regole? — E il problema di un sapere che rifiuta di essere giudicato da ciò che è altro, e la cui caratteristica fondamentale è quell'autonomia che prende i caratteri dell'autoreferenzialità e dell'autogiustificazione (e dove x rinvia ad x, e dove x giustifica x, si tratta di un rinvio tautologico e di una giustificazione tautologica). Come potrà Rorty rivendicare il ruolo critico della propria scrittura, e politicamente progressista, se non avremo alcuna possibilità di formulare giudizi se non nei limiti dei criteri, interni, che già possediamo? ([27])

([25]) *Ibidem*, p. xvi.

([26]) Si badi che qui non utilizziamo la nozione di giustificazione in senso epistemico (in base a cosa si giustifica una conoscenza, ad esempio in termini causali), ma in senso finale (in vista di cosa si giustifica una certa pratica o azione).— In questa chiave 'beve per dissetarsi' o 'beve per trarne piacere' sono giustificazioni sensate, mentre 'beve per bere' è una giustificazione tautologica.

([27]) Per il Rorty politico, progressista, vedi in particolare la parte terza del primo volume dei Philosophical *papers*, cit.

Indugiamo ancora, brevemente, sulla *superficie* rortiana, e sulle interpretazioni di tale livello. La sua scrittura viene spesso definita post-filosofica o decisamente non-filosofica. Rorty, lo abbiamo già detto, viene generalmente considerato un filosofo relativista, estetizzante, a tratti frivolo. Se ne sottolinea l'eclettismo ([28]). Una simile tendenza eclettica fa nascere dubbi sul fatto che Rorty, a parte gli aggettivi, sia propriamente un *filosofo*. A prescindere dal problema del relativismo e dell'estetismo, ci si chiede se sia ancora possibile definire filosofica la scrittura di Rorty, una scrittura che passa rapidamente da problemi epistemologici a problemi politici, dalla critica letteraria alla filosofia della storia, da Freud ad Heidegger come da Proust a Lyotard (il tutto avviene sotto la generale protezione di Dewey e della tradizione pragmatista americana, invocata a fare da *trait d'union* fra discipline ed autori differenti). Una scrittura di tal genere può ancora definirsi filosofica? È piuttosto una saggistica ad ampio raggio? una critica culturale? un appello politico?

Rorty, probabilmente, apprezzerebbe questi indugi: il fatto che la sua opera non possa essere definita univocamente sarebbe per lui la conferma di un distacco, la prova della sua non-appartenenza alla filosofia tradizionale. Ai suoi occhi quest'ultima è profondamente dogmatica, per via delle pretese essenzialiste (comuni a Platone, Cartesio, Kant) che ne caratterizzano la storia. Rorty intende allontanarsi da questo modo di concepire il sapere, essenzialista e fondazionalista.

Antiessenzialismo:

> The antiessentialist philosopher looks forward to the day when all the pseudo-problems created by the essentialist tradition — problems about the relation of appearance to reality, of mind to body, of language to fact — will be dissolved. She thinks that all these traditional dualisms collapse, like so many dominoes, once the distinction between essence and accident is collapsed ([29]).

Antifondazionalismo:

> instead of invoking anything like the idea-fact, or language-fact, or mind-world, or subject-object distinctions to explicate our intuition that there

---

([28]) Come esempio d'eclettismo si veda l'insieme di autori trattati nei *Philosophical* papers, vol. 2: Heidegger, Wittgenstein, Kundera, Dickens, Derrida, De Man, Freud, Habermas, Lyotard, Unger, Castoriadis, Foucault (R. Rorty, Essays on Heidegger and others. *Philosophical* papers, vol. 2, Cambridge University Press, 1991 — trad. italiana di B. Agnese, Scritti filosofici, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 1993). Bisogna certo considerare che il volume in questione è una raccolta di saggi, che comunque Rorty decide di pubblicare uniti. Si pensi poi allo spazio accordato in Contingency, irony, and *solidarity* a Nabokov, Proust, Dickens ed Orwell, ritenuti più utili ad una società liberale e solidarista di quanto lo siano Platone, Cartesio, Kant, Nietzsche, Heidegger. — Rorty giustifica il proprio eclettismo in Consequences of *Pragmatism*, cit., p. 92: la filosofia come genere di scrittura "needs to present itself obliquely, with the help of as many foreign words and as much allusiveness and name-dropping as possible".

([29]) R. Rorty, *Philosophical* papers, vol. 1, cit., p. 99.

> is something out there to be responsible to, we just drop that intuition. We should drop it in favor of the thought that we might be better than we presently are — in the sense of being better scientific theorists, or citizens, or friends. [...] The desire for "objectivity" boils down to a desire to acquire beliefs which will eventually receive unforced agreement in the course of a free and open encounter with people holding other beliefs ([30]).

Rorty intende rinnovare la prospettiva che attribuisce a Dewey, abbandonando ogni nozione metafisica (compresa quella di filosofia, oltre a quelle di verità, realtà, giustizia, bellezza, ecc.), in favore di una molteplicità di vocabolari convenzionali e modificabili, la cui legittimazione non vada oltre l'espressione di una libertà individuale e sociale.

> If we could get rid of the notion that there was a special *wissenschaf*tiich way of dealing with genera1 "philosophical" ideas (a notion Dewey did his best to discountenance), then we would have much less trouble thinking of the entire culture, from physics to poetry, as a single, continuous, seamless activity in which the divisions are merely institutional and pedagogical. [...] We would thus fulfill the mission of the syncretic and holistic side of pragmatism — the side that tries to see human beings doing much the same sort of problem-solving across the whole spectrum of their activities (*already* doing it and so not needing to be urged to start doing it) ([31]).

La priorità della democrazia sulla filosofia (The priority *of democracy* to philosophy) è il titolo di un saggio rortiano estremamente significativo in tal senso. Citiamo da esso:

> For purposes of social theory, we can put aside such topics as an ahistorical human nature, the nature of selfhood, the motive of moral behavior, and the meaning of human life. We treat these as irrelevant to politics as Jefferson thought questions about the Trinity and about transubstantiation ([32]).

Abbiamo la necessità di legittimazioni illuministiche o kantiane? Abbiamo la necessità di deduzioni trascendentali? Ricorreremo al diritto naturale?

> One will be likely to share Horkheimer and Adorno's fear that pragmatism is not strong enough to hold a free society together. But Rawls echoes Dewey in suggesting that insofar as justice becomes the first virtue of a society, the need for such legitimation may gradually cease to be felt ([33]).

([30]) Ibidem, p. 41.
([31]) Ibidem, p. 76.
([32]) Ibidem, p. 180.
(33) Ibidem, pp. 183-184.

L'essere definito un non-filosofo non rappresenta dunque un problema per Rorty, anzi. Se con filosofia definiamo un sapere dogmatico e metafisico ben venga l'accusa di essersene allontanati. Assieme alla qualifica di filosofo può cadere quella di relativista estetizzante, non essendo questa che una specificazione della prima, secondo Rorty, nel quadro di una tradizione filosofica di tipo rappresentazionalista in cui relativismo e dogmatismo non sono che le opposte figure della stessa medaglia.

Dunque per Rorty un hegelismo storicista sarà sufficiente. Ciò è quanto ancora la filosofia può dire, non altro. Ma ripetiamo che non è importante sapere se Rorty sia un filosofo, un letterato, un commentatore; non è importante sapere se sia un relativista irrazionalista o meno. O meglio non lo è sino al momento in cui non viene messo in chiaro *a nome di cosa* vengono fatte tali distinzioni. È facile accusare Rorty di relativismo. Dopo averlo fatto bisognerà però rispondere, o cercare di rispondere, ad alcune domande. In primo luogo, perché definirlo relativista quando egli stesso respinge tale definizione? In secondo luogo, perché la respinge? Terzo, e più importante, a nome di cosa formuliamo tale definizione? a cosa rimanda un relativismo? Se per rispondere si intende chiamare in causa, più o meno esplicitamente, qualcosa come la razionalità o la verità, non ci si potrà poi esimere dall'enunciarne il principio. Studiare Rorty, il relativista estetizzante, significa impegnarsi in una simile problematica, a partire dai suoi margini.

Dunque che scrittura è la scrittura rortiana? Essa è, al di là delle apparenze e delle presunte intenzioni dell'autore, una scrittura *tecnica*. Proviamolo prendendo in considerazione le ultime opere di Rorty: di massima *Contingency, irony, and solidarity* e i tre volumi dei *Philosphical papers* (34).

12. – Vediamo *Contingency, irony, and solidarity*. Sin dalle prime pagine l'autore mette in chiaro il proprio neopragmatismo:

> Interesting philosophy is rarely an examination of the pros and cons of a thesis. Usually it is, implicitly or explicitly, a contest between an entrenched vocabulary which has become a nuisance and a half-formed new vocabulary which vaguely promises great things (35).

Il concetto di *vocabolario* non riveste nelle precedenti opere di Rorty un molo preminente come nel testo in questione. La *pluralità* di vocabolari

---

(34) Seguiamo cioè un ordine relativamente cronologico, in quanto i due primi volumi dei *Philosophical* papers (1991) seguono Contingency, irony, and solidarity (1989); lo precedono però, in molti casi, dal punto di vista dei contenuti: raccolgono infatti saggi in gran parte già pubblicati o divulgati in occasione di conferenze tenute nel corso degli ani ottanta. Il terzo volume dei *Philosophical papers* è del 1998.

(35) R. Rorty, Contingency, irony, and solidarity, cit., p. 9.

appare come il tratto più vero di una realtà culturale e sociale che il dogmatismo vorrebbe costringere a schemi unitari, ed è, allo stesso tempo, la norma che una società politica dovrebbe seguire per potersi dire liberale. (Dunque una prima ambiguità: la pluralità di vocabolari è un *fatto* che qualcuno cerca di negare ma che non dovrebbe essere negato in quanto *valore* da perseguire? un fatto è *già* una norma?). La pluralità di vocabolari prevede che alcuni di essi possano venire sostituiti da altri, che potranno ignorare i precedenti o comunque farne l'oggetto della propria descrizione, che a quel punto sarà la descrizione di una descrizione (36). *Ridescrivere* è l'attività che meglio di ogni altra caratterizza il nostro comportamento linguistico. La poniamo al contempo come regola e metodo, anche se come regola 'suggerita' (e non imposta), e come metodo linguistico che porta a qualcosa di non linguistico — vantaggi sociali, culturali, ecc.

> The method is to redescribe lots and lots of things in new ways, until you have created a pattern of linguistic behavior which will tempt the rising generation to adopt it, thereby causing them to look for appropriate new forms of nonlinguistic behavior, for example, the adoption of new scientific equipment or new social institutions. This sort of philosophy does not work piece by piece, analyzing concept after concept, or testing thesis after thesis. Rather, it works holistically and pragmatically. It says things like "try anything of it this way" — or more specifically, "try to ignore the apparently futile traditional questions by substituting the following new and possibly interesting questions". It does not pretend to have a better candidate for doing the same old things which we did when we spoke in the hold way. Rather, it suggest that we might want to stop doing those things and do something else (37).

I filosofi che ridescrivono "are interested in dissolving inherited problems rather than in solving them" (38). La concezione del linguaggio che Rorty sostiene è ripresa da Donald Davidson; essa è costituita essenzialmente da una *storia* di *metafore:*

---

(36) Alcune domande: a cosa si rivolgerà quel vocabolario rivoluzionario che ignora il precedente o i precedenti? Che *ridescrizione* potrà essere? Si rivolgerà ad un vocabolario molto distante nello spazio e nel tempo? Sarebbe interessante una simile descrizione? In ogni caso Rorty non potrebbe parlare di vocabolari *incommensurabili*, perché l'attività di *ridescrizione* implica la misura. Ma che principio di misura sarà? Sarà deciso dallo stesso vocabolario che ridescrive? Ci sarà allora differenza, e quale, tra ridescrivente e ridescritto? Questo dimostra le difficoltà che incontra il concetto di descrizione se non ne viene formalizzato il principio. Due vocabolari saranno enunciati come tali, ridescritti, a partire da un principio di misura. Ma se la misurazione si confonde con il principio di misura, sarà difficile apprendere qualcosa.

(37) R. Rorty, Contingency, irony, and *solidarity*, cit., p. 9.

(38) *Ibidem*, p. 20.

> To see the history of language, and thus of the arts, the sciences and the moral sense, as the history of metaphor is to drop the picture of the human mind, or human languages, becoming better and better suited to the purposes for which God or Nature designed them, for example, able to express more and more meaning or to represent more and more facts. The idea that language has a purpose goes once the idea of language as medium goes. A culture which renounced both ideas would be the triumph of those tendencies in modern thought which began two hundred years ago, the tendencies common to German idealism, Romantic poetry, and utopian politics ([39]).

Non esiste uno scopo prefissato, non esiste un mondo dato, non esistono i significati; ma Rorty non dice molto su quanto ci permetta di formulare tali giudizi. E non ci meraviglia che non lo faccia; in effetti la sua critica si rivolge precisamente ad esigenze filosofiche di questo tipo, esigenze espresse da domande che Rorty definisce trascendentali ([40]): 'quale la ragione di un certo giudizio?''come lo si formula?''cosa lo rende possibile?''cosa lo rende vero?'. Sono interrogativi che secondo Rorty rivelano l'incapacità di disfarsi definitivamente della metafisica e di tutte le questioni irrisolvibili che essa porta con sé. Non abbiamo altro che le ridescrizioni e le metafore che le animano. In quest'ottica Rorty richiama pure il pensiero di Kuhn: "Even in the sciences, metaphoric redescriptions are the rnark of genius and of revolutionary leaps forward" ([41]). Ne consegue che "the person who uses words as they have never before been used, is best able to appreciate her own contingency ([42]). Ciò che siamo, ciò che sappiamo e ciò che realizziamo non sono che distinzioni contingenti, e che ci soddisfano per certi scopi. Dobbiamo, secondo l'opinione di Rorty, liberarci dall'idea essenzialista che esista qualcosa di nascosto e di profondo che attenda di essere scoperto, e liberarci dall'idea che parlare di contingenza significhi presupporvi la non-contingenza, appunto ciò che non passa, ciò che rimane in quanto essenziale.

Possiamo essere antiessenzialisti e antifondazionalisti anche, e soprattutto, in riferimento a noi stessi, poiché non esiste l'Uomo e non esiste la Coscienza Morale, secondo Rorty. Freud, "tracking conscience home to its origin in the contingencies of our upbringing" ([43]), ha smascherato Kant e le pretese astratte ed universali. Freud

> de-universalize the moral sense, making it as idiosyncratic as the poet's inventions. He thus lets us see the moral consciousness as historically

---

([39]) Ibidem, p. 16.

([40]) Cfr. R. Rorty, Is *Derrida* a trascendental philosopher?, in *Philosophical papers*, vol. 2, cit., pp. 119-128.

([41]) R. Rorty, Contingency, irony, and *solidarity*, cit., p. 28.

([42]) Ibidem, p. 28.

(43) Ibidem, p. 30.

> conditioned, a product as much of time and chance as of political or aesthetic consciousness ([44]).

> [...] he breaks down al1 the traditional distinctions between the higher and the lower, the essential and the accidental, the centra1 and the peripheral. He leaves us with a self which is a tissue of contingencies rather than an at least potentially well-ordered system of faculties ([45]).

> He distinguished sharply between a private ethic of self-creation and a public ethic of mutual accommodation. He persuades us that there is no bridge between them provided by universally shared beliefs or desires — beliefs or desires which belong to us qua human and which unite us to our fellow humans simply as human ([46]).

In conclusione, Freud

> eschewed the very idea of a paradigm human being. He does not see humanity as a natural kind with an intrinsic nature, an intrinsic set of powers to be developed or left undeveloped. By breaking with both Kant's residua1 Platonism and Nietzsche's inverted Platonism, he lets us see both Nietzsche's superrnan and Kant's common moral consciousness as exemplifying two out of many forms of one's upbringing, of coming to terrns with a blind impress ([47]).

Viene qui in luce, possiamo affermare, la prospettiva di Rorty. Quale il suo sguardo? Quale il suo punto di vista? Sappiamo che egli stesso non ammette lo sguardo da nessun luogo, il *God's* eye view. Quale dunque il suo? Quale il suo progetto? Considerare tutto contingente, ridescrivere assimilando o diversificando dove più utile, de-teorizzare, superficializzare, rendere tutto fungibile e sostituibile, adattare... Se così è, il vocabolario di Rorty è il vocabolario della tecnica. L'antiessenzialismo e l'antifondazionalismo comportano che gli oggetti del conoscere e dell'operare siano generalmente malleabili, manipolabili. Al punto che anche fra conoscere ed operare non si dia una particolare differenza; il processo è lasciato (da lasciare) a se stesso (autoreferenzialità). Le stesse categorie (essere, sapere, realizzare, ecc.) non costituiscono che entità modificabili da noi elaborate ed utilizzate per far fronte all'ambiente; nascono, come le metafore, per rispondere a certi bisogni; una volta utilizzate le si può mettere da parte; è opportuno sostituirle con nuove categorie, nuove metafore, se queste si rivelano più elastiche, più efficaci,

---

([44]) Ibidem, p. 30.
([45]) Ibidem, p. 32.
([46]) Ibidem, p. 34.
([47]) Ibidem, p. 35. Non entriamo nel merito di quanto attribuito da Rorty a Freud, poiché non ne abbiamo la competenza. Ma sospettiamo che riveli più di Rorty che di Freud.

più funzionali ([48]). Non compiamo nessun parricidio e nessun deicidio se lasciamo cadere le metafore che ci hanno guidato, magari a lungo; non dobbiamo avere alcun tipo di timore riverenziale per ciò che noi stessi abbiamo elaborato: qualora cessi di servire non si esiti a dimenticarlo. Anche i sentimenti di solidarietà "are necessarily a matter of which similarities and dissimilarities strike us a salient, and [...] such salience is a function of a historically contingent final vocabulary" ([49]). Storicità e contingenza significano adattamento e funzionalità.

> Our language and our culture are as much a contingency, as much a result of thousands of small mutations finding niches (and millions of others finding no niches), as are the orchids and the anthropoids ([50]).

> [...] a libera1 culture needs an improved self-description rather than a set of foundations. The idea that it ought to have foundations was a result of Enlightenment scientism, which was in turn a survival of the religious need to have human projects underwritten by a nonhuman authority. It was natural for libera1 politica1 thought in eighteenth century to try to associate itself with the most promising cultural development of the time, the natural sciences. [...] This was a useful tactic in its day, but it is less useful nowadays. For, in the first place, the sciences are no longer the most interesting or promising or exciting area of culture. In the second place, historians of science have made clear how pointless is to try to isolate something called "the scientific method". Although the sciences have burgeoned a thousandfold since the end of the eighteenth century, and have thereby made possible the realization of politica1 goals which could never have been realized without them, they have nevertheless receded into the background of cultural life. This recession is due largely to the increasing difficulty on mastering the various languages in which the various sciences are conducted. It is not something to be deplored but, rather, something to be coped with. We can do so by switching attention to the areas which are the forefront of culture, those which excite the imagination of the young, namely, art and utopian politics ([51]).

Al di là del merito di ciò che Rorty sostiene in questo passo, ci interessa porre l'attenzione su ciò che ne rivela la prospettiva tecnico-evoluzionista: Rorty parla di 'bisogno', di 'tattica utile', di 'qualcosa a cui far fronte'; la sua

---

([48]) Come si definisce l'ambiente a cui adattarsi e nel quale funzionare? In che termini può parlarne un Rorty che nega la possibilità di descrivere una realtà out *there*?

([49]) Ibidem, p. 192.

([50]) Ibidem, p. 16.

([51]) Ibidem, p. 52. E palese che questa ricostruzione storico-scientifica rivela più le idiosincrasie di Rorty che lo stato attuale del dibattito scientifico-culturale; è sotto gli occhi di ognuno l'importanza di quanto attiene alle biotecnologie e in generale alla genetica; per non parlare dell'informatica, o delle tecniche di comunicazione e di apprendimento legate alla computer science e all'insieme delle scienze cognitive.

generale concezione del sapere come storia di metafore, o di vocabolari, riposa sul sapere scientifico-tecnico da cui adotta il concetto di funzionalità, e sul sapere scientifico-evoluzionista da cui l'adattamento. Uno scientismo tecnico si incentra sul problema di ciò che funziona; uno scientismo evoluzionista su ciò che si adatta e dunque soprawive ([52]). Storicismo e nominalismo non sono che la superficie dei testi rortiani. Da una lettura più attenta emerge nell'insieme uno scientismo, tecnico-evoluzionista basato su elementi come 'bisogno' ed 'utilità'. E curioso come una forma di scientismo animi una prospettiva che intende liberarsene: proprio nel passo citato Rorty giudica non più 'interessante, promettente o stimolante' il sapere scientifico, eppure è precisamente una forma di scientismo ad orientarne la prospettiva. Dove Rorty scrive 'nominalismo' e 'storicismo', possiamo leggere funzionalità e adattamento. Vocabolari o metafore rispondono a tale logica. Come Contingency, *irony,* and solidarity parla soprattutto di *vocabolari,* altri testi rortiani (nei Philosophical papers) parlano diffusamente di metafore: dal punto di vista tecnico-evoluzionista non fa differenza; a prescindere dalle distinzioni fra gli uni e le altre (ad esempio un carattere generale in capo ai vocabolari, rispetto alla natura più circoscritta delle metafore), sia i primi che le seconde nascono e muoiono, in modo molto simile e per motivi molto simili. Una metafora è mantenuta se funziona, fino al punto in cui soddisfa le esigenze per cui è nata; di seguito, se divenuta inutile (inadatta), la si lasci(a) cadere: la metafora muore. Nel saggio Unfamiliar noises: Hesse and Davidson on metaphor, nei *Philosophical* papers, ci si chiede se concepire le metafore in termini di cause o di rappresentazioni: prescindiamo dal merito della questione e notiamo come Rorty parli appunto di metafore vive e di metafore morte ([53]); altrove considera che questa concezione "helps us switch over from a Cartesian-Kantian picture of intellectual progress (as a better and better fit between mind and world) to a Darwinian picture (as an increasing ability to shape the tools needed to help the species survive, multiply and transform itself)" ([54]). Il progresso culturale non è che una tecnica finalizzata al mantenimento della specie. Lo ripetiamo: dove Rorty scrive cultura possiamo leggere tecnica; dove scrive pragmatismo possiamo leggere evoluzionismo; dove nominalismo e storicismo, leggiamo funzionalità e adattamento. Ma Rorty sostiene di rifiutare lo scientismo:

([52]) Però non si articoli rigidamente la distinzione: si potrebbe dire che ciò che è funzionale — tecnica — funziona perché si adatta, e che d'altra parte ciò che è adatto — evoluzione per selezione — è tale perché funziona, trovandosi nell'ambiente adatto. La tautologia è sempre alle porte.

([53]) R. Rorty, *Unfamiliar* noises: Hesse and Davidson on *metaphor,* in *Philosophical* papers, vol. 1, cit., pp. 162-172.

(54) R. Rorty, *Philosophical* papers, vol. 2, cit., p. **3.**

> Because the pragmatist rejects scientism just as Heidegger does, he or she rejects the scientistic idea that some new metaphor, some new philosophical idea, might reveal the permanent neutral matrix of inquiry, a matrix which now simply needs to be filled in by systematic teamwork. [...] But whereas Heidegger thinks of this [...] liberating of culture from obsolete vocabularies through the work of weaving new metaphors into our communal web of beliefs and desires, as a process of banalization, the pragmatist thinks of it as the only suitable tribute to render the great philosopher ([55]).

I vocabolari obsoieti vengono (o vengano) superati da nuove metafore, sulla superficie contingente di una 'trama comune di credenze e desideri', ove tutto è mobile e la scienza non può radicarsi, né fare della certezza il carattere della previsione. Ma non è forse scientista il processo stesso di selezione che determina l'obsoleto ed il nuovo? Si tratta forse di quello scientismo che abbiamo definito tecnico-evoluzionista? Eppure Rorty afferma di avere superato ogni 'retorica scientista'; come può farlo nel momento in cui richiama esplicitamente Darwin e tratta i vocabolari e le metafore come organismi le cui capacità di adattamento determinano la sopravvivenza o l'estinzione degli stessi? — organismi la cui natura non esiste se non come accumularsi aleatorio di impreviste ed imprevedibili mutazioni genetiche.

> Once scientistic rhetoric (which persists in both Hegel and Dewey, and obscures their more basic Romanticism), is cleared away, both Hegelianism and pragmatism can be seen as attempts to clear the ground for the kind of society which the French revolution hoped to build: one in which every human potentiality is given a fair chance. [...] this aspiration amounts to the hope that every new metaphor will have its chance for self-sacrifice, a chance to become a dead metaphor by having been literalized into the language ([56]).

La storia delle metafore e dei vocabolari è la storia di ciò che è risultato adatto, di ciò che si è adattato ed è stato funzionante; e in negativo la storia di ciò che si è estinto poiché inutile. Lo sguardo di Rorty è di natura tecnico-evoluzionista, il che significa permanere in una forma di scientismo caratterizzata in primo luogo dalla condanna della metafisica (essenzialismo e fondazionalismo, in termini rortiani), ed in secondo luogo dalla preminenza del sapere tecnico rispetto ad ogni altra forma di sapere. Se Darwin è l'eroe di un pragmatismo evoluzionista, Bacone è l'eroe di un pragmatismo essenzialmente tecnico.

13. – Nei *Philosophical* papers, Rorty insiste sul carattere antirappresentazionalista del proprio pensiero:

---

(55) *Ibidem*, p. 18.
(56) Ibidem, p. 18.

> By an antirepresentationalist account I mean one which does not view knowledge as a matter of getting reality right, but rather as a matter of acquiring habits of action for coping with reality ([57]).

La questione degli 'abiti di azione per fronteggiare la realtà' è la questione della tecnica, intesa prima come elaborazione di strumenti idonei a realizzare un certo fine, o quantomeno a contribuirvi, e quindi come strumento di controllo della realtà stessa. Pragmatismo e Tecnica non parlano un diverso linguaggio; secondo il vocabolario rortiano è da abbandonare l'insieme di speculazioni metafisiche che caratterizza la filosofia tradizionale, ed è da rivedere il concetto di scienza, cassandone ogni pretesa oggettivista e rappresentazionale. Il sapere scientifico non consiste nella rappresentazione accurata del reale: "Baconians will call a cultura1 achievement «science» only if they can trace some technological advance, some increase in our ability to predict and control, back to that development" ([58]). Una componente attiva guida irriducibilmente la ricerca scientifica e si lega al progresso tecnologico — non per nulla Bacone è considerato fra gli ispiratori del costruttivismo contemporaneo. Non esiste contemplazione, non esiste conoscenza disinteressata dei fenomeni naturali: averne conoscenza significa averne il dominio. Significa avere la capacità d'intervenire su di essi; significa poterli prevedere, controllare, influenzare. Questo è il senso della tecnica. (Una domanda-obiezione: come si conciliano l'abilità 'baconiana di predizione e controllo da una parte, e la generale contingenza del mondo dall'altra? Se, oltre all'esistenza di fenomeni necessari, la seconda intende negare l'esistenza di leggi empirico-scientifiche, o persino di regolarità fenomeniche, non si vede quali previsioni e quali controlli potrebbero farsi. Se invece ne ammette l'esistenza, la portata della contingenza andrà precisata e limitata).

All'opposto del pragmatismo rortiano starebbero le diverse forme di platonismo che il sapere occidentale, scientifico e filosofico, cioè metafisico, non ha cessato di tramandare: in generale, la pretesa che

> the point of inquiry is to get in touch with something like Being, or the Good, or Truth, or Reality — something large and powerful which we have a duty to apprehend correctly. By contrast, pragmatism must be defined as the claim that the function of inquiry is, in Bacon's words, to "relieve and benefit the condition of man" — to make us happier by enabling us to cope more successfully with the physical environment and with each other ([59]).

Ritroviamo quanto affermato circa la scrittura tecnica di Rorty. Il vocabolario che egli utilizza, abbiamo detto, è spesso il vocabolario della

---

([57]) R. Rorty, *Philosophical* papers, vol. 1, cit., p. 1.
([58]) *Ibidem*, p. 47.
([59]) R. Rorty, *Philosophical* papers, vol. 2, cit., p. 27.

tecnica. Ne abbiamo delineato il carattere: considerare tutto contingente, ridescrivibile, fungibile, sostituibile, adattabile. L'antiessenzialismo, l'antifondazionalismo e l'antirappresentazionalismo (i tre *anti* che sembrano caratterizzare la filosofia di Rorty) comportano un simile conseguenza: gli oggetti con cui entriamo in relazione sono (siano) generalmente malleabili, manipolabili. In cosa consisterebbe altrimenti una posizione baconiana? Essa consiste appunto nell'asserire il carattere contingente del proprio oggetto, nel poterlo determinare, eventualmente mantenere, eventualmente sopprimere (metafore vive, metafore morte: non per cause naturali ma per l'uso che ne viene fatto). Rendere tutto contingente significa rendere tutto utilizzabile; utilizzare ciò che si ritiene utile e scartare l'inutile; scartare ciò che a sua volta cessa di funzionare; sostituirlo con ciò che si mostra più adatto. Secondo Rorty sarebbe questa la storia della scienza, la storia del sapere, la storia dell'uomo stesso. Non si danno profondità, non si danno essenze, non si danno fondamenti: tutto è a portata di mano e possiamo deciderne, stabilirne; ogni cosa, in quanto contingente, è rivedibile e modificabile, cioè da preservare o meno a seconda dei casi.

> As soon as we adopt this Kantian story [a proposito delle categorie], however, we begin to drift toward Nietzsche's view that "the categories of reason" are just "means toward the adjustment of the world for utilitarian ends". We begin to see the attractions of Deweyan redefinitions of terms like "truth and "rationality" in terms of contributions to "satisfaction" and "growth. We move from Kant to pragmatism when we realize that a coherence theory of truth must be a theory about the harmony not just of beliefs, but rather of beliefs *and desires.* [...] Kantian categories, the forms in which we think, the structures of our inquiries, are malleable. We change them (as, for example, we changed from an Aristotelian to a Newtonian understanding of space and time) whether such a change enables us better to fulfill our desires by making things more readily manipulable ([60]).

14. – Rorty cerca di fare passare sotto silenzio quella che invece è un'eredità ingente. La sua strategia consiste nel formulare inviti, suggerimenti; non è mai prescrittiva in senso forte. Dobbiamo una precisazione: riportando il pensiero di Rorty, nella nostra lettura abbiamo più volte, fra parentesi, associato verbi che prescrivono a verbi che descrivono. Riconosciamo che Rorty cerca di mantenersi nei limiti dell'invito e dell'augurio; in ogni caso, non è una differenza d'intensità deontica, fra suggerimenti e prescrizioni, a risolvere un'ambiguità di fondo. Rorty infatti formula inviti: posti determinati problemi, in campo politico come in campo scientifico è preferibile *invitare* a *sperimentare* una certa soluzione piuttosto che un'altra,

---

([60]) *Ibidem*, p. 30.

anziché impegnare le proprie energie a cercare, di una soluzione proposta, la giustificazione razionale o la fondabilità etica. Il pragmatista rortiano invita a provare. Ammettiamo che un invito venga accolto e la soluzione proposta venga praticata: come poi ne giudicheremo i vantaggi e gli svantaggi? come ne conosceremo le conseguenze? come queste verranno valutate? Tutto ciò rimane non detto. Non è possibile sapere in base a che cosa si potranno formulare quei giudizi che dovrebbero conseguire da una pratica applicativa, per giudicare della soluzione sperimentata e della pratica stessa. A nome di cosa si giudicheranno gli esiti di un tentativo? Un invito sarà in grado di fornirci gli strumenti di conoscenza e valutazione delle sue conseguenze? Trarremo il bilancio dall'invito stesso? La pratica applicativa parlerà da sé? Oltretutto bisognerebbe capire a nome di cosa vengano inizialmente individuati quei problemi alla cui soluzione siamo invitati: anche i problemi parlano da soli?

Riflettiamo poi sul fatto che Rorty inviti a provare, a sperimentare. L'esperimento non sarà semplicemente un esperimento scientifico, sarà un esperimento tecnico. Gli inviti rortiani presuppongono una visione tecnica che pone dei seri interrogativi, etici e non solo, a dispetto del tono benevolo che spesso Rorty adotta. Tutto è dell'ordine dell'utilizzabile, tutto è dell'ordine del manipolabile: un Rorty all'acqua di rose parla di desideri che si possono realizzare, di inviti che si possono formulare, di piacevoli scoperte. Ma ciò che viene modificato può subire una violenza; interventi diversi possono entrare in conflitto e determinare uno scontro; nella prospettiva della tecnica, desiderio e forza, desiderio e potenza, non sono così distanti come potrebbe emergere da una lettura di Rorty. Rorty non ne parla.

Ma restiamo ancora al discorso sulla tecnica, al cuore del problema tecnico. Abbiamo già accennato al favore con cui Rorty vede l'opera di Freud a proposito della concezione che dovremmo avere di noi stessi. Abbiamo anche visto come Rorty concepisca l'io nei termini di una trama, o rete, di credenze e desideri. Questa trama, o rete, è uno degli oggetti manipolabili che sono in nostro potere: abbiamo il potere e la facoltà di autocrearci. Un vocabolario tecnico determina non solo le relazioni che abbiamo con il mondo esterno (qualunque cosa questa formula significhi), ma anche le relazioni che abbiamo con noi stessi.

> Whereas everybody from Plato to Kant had identified our central self, our conscience, the standard-setting, authoritative part of us, with universal truths, genera1 principles, and a common human nature, Freud made conscience just one more, not particularly central, part of a larger, homogenous machine ([61]).

([61]) *Ibidem*, p. 157.

> [...] Freud dropped the Platonic metaphor of "seeing ourselves more clearly" in favor of the Baconian idea of theory as a tool for bringing about desirable change. [...] This Baconinan attitude was the culmination of the mechanizing movement that had begun in the seventeenth century. That movement had replaced the attempt to contemplate the essences of natural kinds with the attempt to tinker with the machines that compose the world. But not until Freud did we get a usable way of thinking of ourselves as machines to be tinkered with, a self-image that enabled us to weave terms describing psychic mechanisms into our strategies of character-forrnation. [...] The increased ability of the syncretic, ironic, nominalist intellectual to move back and forth between, for example, religious, moral, scientific, literary, philosophical, and psychoanalytical vocabularies without asking the question "And which of these shows us how things *really* are?" — the intellectual's increased ability to treat vocabularies as tools rather than mirrors — is Freud's major legacy ([62]).

Fra tanti vocabolari, Rorty dimentica di nominare quello della tecnica, ma è proprio un vocabolario tecnico ad essere protagonista. 'Macchina', 'strumento', 'auspicabili cambiamenti', 'armeggiare', 'formazione del carattere', ecc. I1 passo è ricco di espressioni comprensibili alla luce di un progetto tecnico che, assunte la contingenza e la manipolabilità del proprio oggetto, è capace di 'muoversi con disinvoltura' tra vocabolari religiosi, morali, scientifici, letterari, filosofici e psicoanalitici.

Eppure, la posta non è troppo grande per lasciarla alla tecnica e alle sue espressioni autoreferenziali? Giacché essa consiste in noi stessi, non vi è il rischio che una decostruzione del noi stessi faccia il gioco di un progetto tecnocratico, riducendoci a qualcosa di indiscriminatamente manipolabile?

Da Contingnecy, *irony,* and *solidarity* (a proposito del metafisico e dell'ironico):

> The metaphysician thinks that there is an overriding intellectual duty to present arguments for one's controversia1 views — arguments which will start from relatively uncontroversial premises. The ironist thinks that such arguments — logica1 arguments — are all very well in their way, and useful as expository devices, but in the end not much more than ways of getting people to change their practices without admitting they have done so. The ironist's preferred form of argument is dialectical in the sense that she takes the unit of persuasion to be a vocabulary rather than a proposition. Her method is redescription rather than inference ([63]).

([62]) *Ibidem*, p. 158. — Non entreremo nel merito della questione, ma vorremmo chiedere: a che titolo Freud ci avrebbe insegnato ciò che Rorty gli attribuisce? E vero ciò che Freud ha detto? Siamo realmente delle 'macchine' attorno a cui 'armeggiare'? ('machines to be tinkered with'). Quand'anche la psicanalisi avesse un indiscusso carattere di disciplina scientifica (ciò che appare a dir poco dubbio), Rorty non vorrà certo richiamarla in quanto tale. A che titolo, dunque? Di racconto suggestivo? Di parabola istruttiva? Di apologetica della tecnica e delle manipolazioni?

([63]) R. Rorty, Contingency, irony, and *solidarity*, cit., p. 78.

La ridescrizione opera a nome della ridescrizione. (Autoreferenzialità e tautologia).Concepiamol'io come rete di credenze e di desideri,a nome delle credenze e dei desideri, poiché crediamo che l'io sia una rete di credenze e di desideri, o desideriamo che l'io sia una rete di credenze e di desideri. Con ciò abbiamo detto poco o nulla. Rorty si guarda bene dal dire che l'io è effettivamente una rete di credenze e di desideri; dunque crede o desidera che l'io sia una rete di credenze e di desideri. Ripetiamo che in questo modo diciamo poco o nulla. I1 problema della ridescrizione personale è analogo a quello appena visto dell'esperimento: è in questione la capacità di formulare giudizi, su noi stessi e sulle nostre azioni.

Rorty dovrebbe inoltre farci capire in che rapporto stiano le ridescrizioni con la capacita di adattamento. Poiché non esistono fondamenti, non esistono essenze, non esistono rappresentazioni (così sostiene Rorty), si dia libero gioco alle ridescrizioni di ridescrizioni. Ma non si tratta di un gioco qualsiasi: la posta sta nella capacità di 'fare fronte con maggiore successo all'ambiente'. Come si definiscono le necessità ambientali? Come si determina ciò a cui dobbiamo far fronte? Se la realtà non è che la proiezione delle nostre credenze e dei nostri desideri, farvi fronte significa fare fronte alle nostre credenze e ai nostri desideri? Dobbiamo adattarci a qualcosa che noi stessi determiniamo? Ci determiniamo in funzione dei problemi che abbiamo determinato? Funzioniamo in funzione di ciò che facciamo funzionare? Sarebbe veramente bizzarro rispondere a questo modo. Oltretutto, proprio il richiamo alla dinamica evolutiva consentirebbe di trarre delle conclusioni opposte a quelle suggerite da Rorty: distinguere il vero ed il falso è una questione essenziale ai fini della sopravvivenza, si potrebbe osservare (la creatura incapace di farlo non sarebbe capace di un confronto fruttuoso con l'ambiente reale — ad esempio, ove qualcuno mi avvertisse di un certo pericolo ed io non fossi in grado di attribuire correttamente un valore di verità all'enunciato di awertimento, potrei essere vittima tanto del pericolo quanto di un inganno da parte del mio simile).

15. – Il senso non scaturisce dalla tautologia. Ma Rorty indugia in più di una tautologia. Non sappiamo come l'ironico formulerà i propri giudizi, ma sappiamo che dovranno essere ironici. Su ciò che è contingente devono essere formulati giudizi contingenti, e su ciò che è esprimibile ironicamente si deve ironizzare. Ritroviamo l'ambiguità fra essere e dover essere, fra natura e norma, e ricordiamo che l'esprimersi in termini di proposte anziché di prescrizioni non rimuove il problema. Cosa è contingente e dunque esprimibile nella contingenza? È difficile trovare una risposta che non rimandi a ciò che noi stessi giudichiamo contingente. Dunque formulando delle proposte ci rivolgiamo al nostro stesso formulare? Oppure c'è qualcosa di contingente e dunque su di esso vanno espressi dei giudizi contingenti? Se così fosse, Rorty adotterebbe una prospettiva sostanzialmente realista, che al contrario non cessa di respingere. La soluzione che sembra rimanere è la seguente: ci

proponiamo di essere contingenti verso ciò che proponiamo di ritenere contingente; ci proponiamo di essere ironici su ciò su cui riteniamo di poter ironizzare; ci proponiamo di essere solidali non quando e con chi è doveroso esserlo, ma secondo le nostre stesse credenze e desideri circa la solidarietà. In ogni caso, generalizzando, il programma pragmatista di Rorty esorta ad una certa condotta, ma non sappiamo come sapere se la nostra condotta le sarà conforme (64). A meno di non ritenere che sarà la nostra condotta (o meglio ciò che noi proporremo essere la nostra condotta) a giudicare della condotta da seguire, con la conseguenza che la norma sarà formulata a partire da quel comportamento che ne dovrebbe essere espressione.

Ma Rorty, fra tante tautologie, sembra mantenere l'idea della normatività proprio dove la vorrebbe esclusa. Ci spieghiamo. La sua critica nei confronti del pensiero liberale classico consiste nello stigmatizzarne l'eredità dogmatica; questa si manifesta nella ricerca di una legittimazione ultima, da cui la differenza fra 'ironico liberale' e 'metafisico liberale'.

> For the libera1 ironist, skill at imaginative identification does the work which the libera1 metaphysician would like to have done by a specifically moral motivation — rationality, or the love of God, or the love of truth (65).

La 'capacità di immedesimarsi', secondo Rorty, è un prodotto relativamente tardo della storia umana e un fenomeno ancora piuttosto localizzato (66), il che non toglie che sia auspicabile una sua diffusione, senza che ne sia necessaria una fondazione di tipo religioso o trascendentale.

> Whereas the libera1 metaphysician thinks that the good libera1 knows certain crucial propositions to be true, the libera1 ironist thinks the good libera1 has a certain kind of know-how. Whereas he thinks of the high culture of liberalism as centering around theory, she thinks of it as centering around literature (in the older and narrower sense of that term — plays, poems, and, especially, novels). He thinks that the task of the intellectual is to preserve and defend liberalism by backing it up with some true propositions about large subjects, but she thinks that this task is to increase our skill at recognizing and describing the different sorts of little things around which individuals or communities center their fantasies and their lives. The ironist takes the words which are fundamental to metaphysics, and in particular to the public rhetoric of the libera1 democracies, as just another text, just another set of little human things. Her ability to understand what it is like to make one's life center

(64) Rorty potrebbe obiettare che proprio l'idea di conformità è ciò che egli intende dimenticare; certo che, se così venisse fatto, alcun giudizio, che fosse di natura morale, estetica, giuridica o altro, potrebbe essere formulato.

(65) R. Rorty, Contingency, *irony,* and *solidarity,* cit., p. 93.

(66) Ibidem, p. 93.

> around these words is not distinct from her ability to grasp what it is like to make one's life center around the love of Christ or of Big Brother. Her liberalism does not consists in her devotion to those particular words but in her ability to grasp the function of many different sets of words ([67]).

Questa la descrizione di quel tipo umano che Rorty definisce 'ironico liberale'. La solidarietà praticata da quest'ultimo, creata ed estesa sotto la propria responsabilità, si differenzia da quella del 'metafisico liberale', in cerca di legittimazioni.

> Our insistence on contingency, and our consequent opposition to ideas like "essence", "nature", and "foundation", makes it impossible for us to retain the notion that some actions and attitudes are naturally "inhuman". Or this insistence implies that what counts as being a decent human being is relative to historical circumstances, a matter of transient consensus about what attitudes are normal and what practices are just or unjust ([68]).

Eppure

> a belief can still regulate action, can still be thought worth dying for, among people who are quite aware that this beliefs caused by nothing deeper than contingent historical circumstance ([69]).

Potrebbe sembrare che con questo sia chiara la differenza fra i due tipi, 'ironico liberale' e 'metafisico liberale'. Ma è necessario capire dove stia una differenza che appare chiara, a nome di cosa venga formulata e cosa sottintenda. Posto che entrambi i tipi, 'ironico liberale' e 'metafisico liberale', si adoperino ad un aumento della solidarietà, in cosa precisamente divergono? Non certo nei comportamenti, che da un punto di vista esterno difficilmente potrebbero essere distinti gli uni dagli altri. La differenza non è nei comportamenti, intesi in senso stretto (d'altra parte non si sa a quale altra accezione potrebbe appellarsi chi, come Rorty, intende riferirsi solamente a 'pratiche giuste o ingiuste'). E chiaro che perciò la differenza deve stare in qualcosa che non si manifesta come esteriorità direttamente percepibile, come immediatezza ([70]). La differenza è piuttosto nell'elemento interno che guida la condotta, lo si chiami intenzione, motivazione, *animus,* ecc. L'elemento discriminante non sta tanto nel comportamento quanto nelle *ragioni* che portano al comportamento, e che ne fanno una condotta. Quale

---

([67]) *Ibidem,* pp. 93-94.
([68]) *Ibidem,* p. 189.
([69]) *Ibidem,* p. 189.
([70]) Il concetto di immediatezza, è il caso di notarlo già da ora, non rimanda semplicemente ad un idea temporale di rapidità, ma, più filosoficamente, al problema delle mediazioni che organizzano il senso (cfr. P. Nerhot, La *fenomenologia* della filosofia analitica *del* linguaggio ordinarlo, Padova, Cedam, 1998).

sarebbe altrimenti la differenza fra la solidarietà praticata dal liberale ironico e quella del liberale metafisico? Facendo riferimento al solo comportamento, alle sole pratiche, non si vedrebbe la differenza fra una solidarietà perseguita a fini contingenti ed una ispirata a fini metafisici. Che natura ha quindi la distinzione rilevata da Rorty? che senso ha? a nome di che cosa viene avanzata? La distinzione si appella all'interno, l'intenzione, per distinguere l'esterno, il comportamento. E curioso che a Rorty interessi chiarire le motivazioni diverse di un uguale atteggiamento: che un individuo soccorra il prossimo per fede religiosa, per convinzioni filosofiche illuministe, per pragmatismo, o per caso, che differenza fa ai fini del risultato? Proprio Rorty, il pragmatista utilitarista, non dovrebbe curarsi dei soli effetti di un comportamento? Non è una sottigliezza metafisica e fuorviante volerne indagare le ragioni? Il pragmatista utilitarista non è interessato al solo risultato utile?

Evidentemente non basta. Ciò che ci interessa non è il problema, nobile ma circoscritto, della solidarietà. È in gioco qualcosa di più generale, ed è la formulazione stessa di un principio di razionalità, come capacità di formulare un giudizio: nella fattispecie la capacità di distinguere dei comportamenti a partire da una regola. A proposito della distinzione fra 'ironico liberale' e 'metafisico liberale', Rorty vorrebbe formularne la divergenza a partire da un discorso pratico che nelle pratiche identifica il proprio principale, se non esclusivo, oggetto di studio. Ma, come abbiamo visto, nel distinguere fra pratiche egli si riferisce ad un elemento interno, non visibile; e riferirsi ad un elemento interno, lo si chiami motivazione o altro, significa uscire dalla coincidenza di regola e comportamento. Appellarsi a tale elemento significa infatti formulare una regola, stabilire una regola che discrimina le condotte a prescindere dagli uguali comportamenti. Il senso quindi non si chiude in ciò che si autoriferisce ed automisura. Ci si appella ad un criterio, l'animus, per giudicare ciò che è altro rispetto al criterio stesso, e il comportamento viene giudicato da qualcosa che è altro da esso. La regola non è il comportamento.

Questo uno dei problemi della filosofia giuridica: articolare e formalizzare il rapporto fra regola e comportamento. È precisamente un sapere di tale natura ad indicare l'insensatezza di una riduzione tautologica della regola ai comportamenti, giacché ove la regola non fosse che la ripetizione dei comportamenti diverrebbe insensato il giudizio fra comportamento regolare e comportamento non-regolare (poiché sarebbe per definizione impossibile un comportamento non-regolare, essendo la regola ridotta ai comportamenti, quali che siano). — E chiaro che la distinzione fra comportamento ed intenzione (animus), fra pratica e motivazione, è una distinzione che rimanda ad un sapere giuridico; chi abbia con esso dimestichezza potrà trovarvi conferma. È sufficiente pensare al diritto penale. al molo dell'intenzione nelle fattispecie di responsabilità penale. Un sapere giuridico ci indica l'insensatezza di una riduzione tautologica fra regola e comportamento.

Prima Rorty richiama l'aspetto esteriore delle pratiche, incentrato sui risultati, in un'ottica consequenzialista, quindi distingue in virtù di ciò che esorbita una semplice ed esteriore lettura di conseguenze. Rorty passa dal visibile, i risultati, a ciò che non è immediatamente visibile, le motivazioni. Formulare il giudizio che distingue fra 'ironico liberale' e 'metafisico liberale' significa mettere in gioco un principio di distinzione e di misura che non è già contenuto negli stessi comportamenti, e che dunque obbligherebbe Rorty ad ammettere un principio normativo di giudizio irriducibile agli stessi.

16. – Anche nel terzo volume dei Philosophical papers, del 1998, non mancano gli accenti tecnico-utilitaristi: "we suggest that the appearance-reality distinction be dropped in favor of a distinction between less useful and more useful ways of talking" (71).

Contro il dualismo 'word-world': "Since the pragmatists, unlike the idealists, took Darwin and biology seriously, they had an additional reason for distrusting the idea that true beliefs are accurate representations. For representation, as opposed to increasingly complex adaptive behavior, is hard to integrate into a evolutionary story" (72).

Sulla contingenza: "I think that the rightness or wrongness of what we say is just for a time and a place" (73). Sulla verità: "truth is a matter of the utility of a belief rather than of a relation between pieces of the world and pieces of language" (74) (è la ripresa di un tema jamesiano: il predicato di verità è attribuito a ciò che riteniamo utile).

Ma la questione è sempre la stessa: come distinguere fra il vocabolario, o la credenza, più utile e meno utile? Non dovranno elaborarsi delle rappresentazioni della loro utilità o disutilità? O altrimenti che utilità avrebbero delle descrizioni che non rinviano ai fenomeni considerati, ma autoreferenzialmente a se stesse o ai vocabolari in cui sono formulate?

In ambito morale e giuridico, è ribadita la 'malleabilità' degli esseri umani (la souplesse della tecnica?), e di conseguenza l'assoluta prowisorietà e modificabilità dei diritti di cui sono titolari (75). — E perché a tal punto,

---

(71) R. Rorty, *Truth* and Progress. Philosophical papers, vol. 3, Cambridge University Press, 1998, p. 1. Si veda anche p. 145 per la sostituzione della nozione di 'convenienza' alla nozione di 'intelligibilità'.

(72) *Ibidem,* p. 20. Su Darwin, v. anche le pp. 47-48, e p. 61: "I see no problem about the place of norms in a world of fact, since I think that the emergence of language-using organisms, and the development of norm-governed practices by those organisms, is readily explicable in Darwinian terms". Inoltre, p. 152.

(73) *Ibidem,* p. 60.

(74) *Ibidem,* p. 127. Sulla relazione fra descrizioni e utilità, v. p. 134.

(75) *Ibidem,* saggio numero 9, *Human rights,* rationality, and *sentimentality* (p. 175 in particolare, per la 'malleabilità' degli esseri umani come lezione di Darwin).

chiediamo, non parlare di 'malleabilità' di particolari popoli, o di particolari individui, e giustificare a tal modo dei diritti rispettivi, quand'anche riguardino pratiche come la divisione fra caste? ([76]) Il problema dell'evoluzionismo è proprio quello della legittimazione di ogni risultato raggiunto in quanto tale?

Sulla scorta di Dewey, affrontando direttamente la questione della tecnica, Rorty parla di crescita della tolleranza in relazione all'efficienza, ma immediatamente ne rimarca il carattere utopico ([77]). Basta questo ad evitare una sistematica legittimazione dell'esistente in quanto risultato di un'efficienza? (e a detrimento di altre possibilità mancate, e che in questo si rivelano peggiori: se non fossero state tali, si sarebbero affermate).

17. – La superficialità è il carattere proprio del pensiero rortiano, se inteso come pensiero largamente influenzato da uno scientismo tecnico; la tecnica fa della superficialità la propria fondamentale risorsa: quando tutto è superficiale, tutto è rivedibile, superabile, modificabile, manipolabile; la tecnica guadagna in questo modo un raggio infinito d'azione, un'infinita superficie su cui disporre e su cui disporsi; se dunque il vocabolario di Rorty è il vocabolario della tecnica, è il vocabolario della *superficie*, il vocabolario dell'appiattimento, della riduzione delle articolazioni che in quanto tali ostacolano il dispiegarsi della tecnica; il pensiero di Rorty è il pensiero della *superficialità*, ciò che si può immaginare di più distante dalla frivolezza e dall'estetismo ([78]).

A questi rilievi se ne possono aggiungere di simili per ciò che riguarda il concetto rortiano di contingenza: la contingenza è la condizione ideale di processo tecnico che crea per consumare, superare e dimenticare.

([76]) Rorty risponderebbe forse che fenomeni del genere sono privi di trust, che è la nozione morale da sostituire ad obligation (ibidem, p. 180). Ma la nozione di 'fiducia' (trust) pare altrettanto problematica. Proprio lo stesso Rorty che apprezza Nietzsche e Freud, non ricorda il loro insegnamento in tema di sospetto? Quanti scrittori, che Rorty ammira, insegnano a diffidare... — Un esempio: F. NIETZSCHE, Al di là del bene e del male, 16, sull'illusorietà delle certezze immediate (il gusto aristocratico sarà distacco e produzione di maschere). — Rorty si fida di Nietzsche? E di Beckett? Di Ionesco, di Cioran? E di Derrida? E Freud si fiderebbe di Rorty? Rorty si fida di lui? E di chi potrebbe fidarsi Habermas? E Céline non manderebbe tutti al diavolo?

([77]) R. RORTY, *Philosophical papers*, vol. **3**, cit., pp. 192-193.

([78]) Si noti come questa analisi differisca da quella di Heidegger, che per pensare la tecnica pensa piuttosto l'appropriazione e lo sfruttamento di un fondo, l'impiego della natura come riserva di energia (M. HEIDEGGER, La questione della tecnica, in Saggi e discorsi (1954), a cura di G. Vattimo, Milano, Mursia, 1991, pp. 5-27, v. in particolare le pp. 11-17); qui non si tratta di un fondo, se ne trascura persino la possibilità: semplicemente, si opera sulla superficie.

18. – Ma esiste una 'razionalità tecnica'?

> L'intervention de la raison est indispensable, car spontanément l'homme dans son activité imitera la nature. [...] L'intervention de la raison dans l'opération technique conduit aux conséquences suivantes: d'une part la conviction que l'on peut trouver d'autres moyens va paraitre, la raison bouscule les traditions pragmatistes et crée des méthodes de travail nouvelles, des outils nouveaux, examine rationnellement les possibilités d'une expérimentation plus étendue, plus mouvante. La raison multiplie par conséquent les opérations techniques avec une grande diversification, mais elle opère aussi en sens inverse: la raison mesure les résultats, elle va tenir compte de ce but précis de la technique qu'est l'efficacité. Elle note ce que chaque moyen inventé est capable de fournir, et parmi les moyens qu'elle met à la disposition de l'opération technique elle fait un choix, une discrimination pour retenir le moyen le plus efficace, le plus adapté au but recherché, et nous aurons alors une réduction des moyens à un seul: celui qui est effectivement le plus efficient. C'est là le visage le plus net de la raison sous son aspect technique ([79]).

Questo per ciò che riguarda il rapporto fra tecnica e razionalità. — D'inciso, per evitare fraintendimenti, è da notare che le 'tradizioni pragmatiste' di cui parla Ellul sono altra cosa rispetto al pragmatismo di Rorty: Ellul intende più che altro gli usi consolidati, in un'accezione che non vuole avere una portata filosofica né tanto meno il carattere critico e propositivo che Rorty attribuisce invece al proprio pragmatismo.

Il punto, per noi, è che la ricerca del mezzo più efficiente è una forma della ricerca del migliore. E in ciò non è nulla di negativo, anzi. Tutt'al più si potrebbe dire che gli sviluppi tecnici più recenti mostrano una tendenza alla diversificazione dei mezzi, a nome di una pluralità che possa soddisfare il medesimo risultato sostanziale incontrando i gusti, le preferenze e le possibilità diverse; dunque, non è sempre vero che il mezzo più efficiente esclude i meno efficienti, giacché altre considerazioni possono ben entrare in gioco (di preferenza estetica, politica, economica, ecc.).

19. – In un'altra opera, Le système technicien, scritta ad oltre venti anni da La Technique ou *l'enjeu du* siècie, Ellul presenta una diversa fenomenologia della tecnica: il problema non sta tanto in un rawedimento dell'autore, è evidente, quanto nel mutare stesso dei fenomeni tecnici. Non è il caso di fare banali considerazionisulla rapidità con cui tale processo awiene; è piuttosto il caso di vedere se le analisi fatte in un primo momento possano essere confermate alla luce di quei tratti comuni che ci permettono di distinguere una razionalità tecnica.

([79]) J. ELLUL, *La* Technique ou *l'enjeu du* siècie, cit., p. 18.

Ellul dichiara innanzitutto che, al posto di quella società tecnica già da lui descritta, l'oggetto del suo studio sarà il sistema tecnico. La tecnica moderna

> conduit à une décentralisation, à la souplesse, à la suppression de la hiérarchie, de la division du travail (en particulier la Technique exige l'élimination de la séparation entre fonctions d'exécution et de direction), elle suppose une croissance polyvalente et non linéaire, elle réintègre les fins dans les moyens [...] (80).

Fini dentro mezzi, mezzi divenuti fini, flessibilità (*souplesse*), eliminazione delle gerarchie (cioè delle articolazioni): è ancora il progetto di una generale malleabilità e manipolabilità.

Il criterio è l'efficacia: "partout où il y a recherche et application de moyens nouveaux en fonction du critère d'efficacité on peut dire qu'il y a Technique" (81). Categorie tradizionali come oggetto e soggetto spariscono, lasciando il campo ai mezzi, al loro primato ("Ce qui caractérise cette société ce n'est pas l'objet c'est le moyen. Ce n'est pas l'envahissement par des objets mais la multiplication à l'infini des moyens" (82)). L'oggetto non è che il risultato della tecnica, e, abbiamo detto, anche il soggetto è solo l'espressione del gioco delle tecniche (ritroviamo ciò che Rorty apprezza in Freud); la filosofia strutturalista, nei confronti della quale Ellul non risparmia critiche, si rivela in linea con tale prospettiva: soggetto e oggetto, nulla più che qualcosa di manipolabile e mutabile, si confondono nel dominio della Tecnica, per non distinguersi più l'uno dall'altro.

> La claire distinction traditionnelle disparaît. Au profit de quoi? des processus d'intervention, des structures de fonctionnement. Nous aurons à montrer ailleurs que le structuralisme n'est pas une pensée créatrice, mais le simple produit du primat de moyens. Comment «ça» fonctionne. Mais ceci c'est exclusivement la Technique. C'est l'univers dominé par le technicisme. Or, ce qui est bien intéressant dans cette poussée philosophique c'est qu'elle révèle que pour donner libre place, libre jeu à l'activité surordonnée des moyens (techniques) il faut que le sujet n'existe pas (le sujet n'a qu'à obéir aux moyens) mais il faut aussi que l'objet n'existe pas (l'objet n'est qu'un produit sans importance du jeu des techniques). Ce que formule exactement cette philosophie. Ainsi nous arrivons à cette conclusion décisive que notre univers n'est pas un univers d'objets, qu'il n'y a pas un système des objets, mais un univers des moyens et un système technicien (83).

---

(80) J. Ellul, Le système technicien, cit., p. 10.

(81) *Ibidem*, p. 34. E, a proposito di efficienza ed utilità, Rorty non ha mai cessato di ripetere che "not their ability to decode but their mere utility" è quanto costituisce il senso dei nuovi vocabolari (R. Rorty, Consequences of *pragmatism*, cit., p. 153).

(82) J. Ellul, *Le* système technicien, cit., p. 54.

(83) *Ibidem*, p. 55.

Quello che qui Ellul attribuisce allo strutturalismo può ben essere riferito a ciò che oggi si definisce costruttivismo radicale. Ellul descrive con precisione come la tecnica divida e frammenti la realtà naturale, per poterne poi disporre secondo i casi, ricomponendo e combinando gli elementi, o dividendoli ulteriormente se possibile ed opportuno.

> La technique agit [...] par division et fragmentation des réalités naturelles et culturelles. Le processus d'intervention de la technique sur le réel consiste toujours en une rupture du réel en unités fragmentées malléables (84).
>
> Ainsi se produit dans tous les domaines une fragmentation du donné premier, et, ensuite, la technique reprend les éléments ramenés à leur plus grande simplicité pour reconstituer à partir d'eux un nouvel ensemble, une nouvelle synthèse où seront intégrés les facteurs naturels désintégrés antérieurement (85).

In Rorty troviamo espressi dei programmi molto simili. Innanzitutto, è la distinzione fra soggetto e oggetto a non funzionare più in un vocabolario tecnico:

> On the pragmatist view, the contrast between "relations of ideas" and "matters of fact" is a special case of the bad seventeenth-century contrasts between being "in us" and being "out there", between subject and object, between our beliefs and what those beliefs (moral, scientific, theological, etc.) are trying to get right. Pragmatists avoid this latter contrast by instead contrasting our beliefs with proposed alternative beliefs. They recommend that we worry only about the choice between two hypotheses, rather than about whether there is something which "makes" either true (86).

Potremmo parafrasare: la scelta è una scelta fra prodotti diversi che lo stesso sistema tecnico mette a disposizione; al fruitore-consumatore la possibilità di scegliere (ma sceglierà comunque qualcosa che appartiene allo stesso sistema).

Anche la scienza cede il passo alla tecnica: "The image of the great scientist would not be of somebody who got it right but of somebody who made it new" (87). Arriviamo così al problema del costruttivismo: si tratta di tagliare la realtà nei punti opportuni. Ellul è molto chiaro:

---

(84) Ibidem, p. 56.

(85) Ibidem, pp. 56-57. Aggiungiamo che, secondo Ellul, "le progrès technique est [...] une variante de l'esprit de conquête, lequel se trouve à la fois satisfait et renforcé par la technique" (ibidem, p. 81). Rorty, con spirito americano e forse pionieristico, ripresenta lo spirito di conquista nel momento in cui definisce il pragmatismo come l'estensione, il più possibile, del pronome 'noi'? (*Philosophical* papers, vol. 1, cit., p. 24 ss.).

(86) R. Rorty, *Philosophical* papers, vol. 1, cit., p. 41.

(87) Ibidem, p. 44.

> la technique est nécessairement simplifzcatrice, *réductrice*, opérationnelle, instrumentale et *réordonnatrice*. Elle réduit tout ce qui était naturel à l'éclat d'objet maniable: et ce qui ne peut pas être ainsi manié, manipulé, utilisé, se trouve rejeté hors du valable ([88]).

Data poi la definizione di sistema in generale ("ensemble d'éléments en relation les uns avec les autres de telle façon que toute évolution de l'un provoque une évolution de l'ensemble et que toute modification de l'ensemble se répercute sur chaque élément" ([89])), Ellul sostiene che il sistema tecnico è costituito dalla interazione fra fenomeno tecnico e progresso tecnico ([90]). Enucleati i suoi sottosistemi, procede poi, ciò che più ci interessa, all'analisi dei caratteri del sistema tecnico, fra cui spicca quello, già visto, della *souplesse* (scioltezza, flessuosità, flessibilità): "Plus le système technicien devient complexe et total, plus, ceci est bien évident, il doit être souple" ([91]). Ritroviamo il carattere della malleabilità, che ritorna nel vocabolario rortiano. Rorty auspica una pluralità di vocabolari, una società contingente che coltivi la libertà e la solidarietà, senza darvi però troppa importanza, senza cercarne il fondamento ultimo, razionale o morale; auspica una tolleranza diffusa, che permetta a chi vuole seguire certi vocabolari di seguirli, purché evidentemente non impedisca ad altri di seguire i propri. È una politica liberale, la più classica, con la differenza che Rorty intende de-teorizzarla, de-radicarla, farne un vocabolario contingente, che si distingue dagli altri vocabolari perché nella contingenza ne ammette la possibilità (che in Rorty non si distingue dalla legittimità), ma che non ha nessun titolo per essere preferito agli altri se non in base alla preferenza accordatagli da chi lo *sperimenti* e lo accolga ([92]). Leggiamo ora Ellul:

> l'homme semble acquérir une bien plus grande liberté: il peut écouter la musique qu'il veut, s'habiller comme il veut, adopter des croyances religieuses, des attitudes morales complètement aberrantes: tout cela ne remet rien en question dans le système technique. Les techniques mêmes

---

([88]) J. ELLUL, Le système technicien, cit., p. 57. La prima cosa a cui queste ultime parole ci fanno pensare è la metafisica: poco manipolabile e scarsamente utilizzabile a fini di immediata utilità, poco consumabile, poco adattabile, cade presto in disuso. La sua natura non strumentale la rende inadatta all'epoca della tecnica. Se oggi una parte della filosofia analitica tende a recuperare l'altrettanto screditata ontologia, non si vede chi, al di là dei teologi evidentemente, possa riscattare la metafisica. Ma non proseguiamo questo discorso che oltrepassa le nostre capacità e le nostre intenzioni.

([89]) Ibidem, p. 88.

([90]) Ibidem, p. 92.

([91]) Ibidem, p. 123.

([92]) Per una conferma di questo, cfr. R. RORTY, Contingency, *irony,* and solidarity, cit.

> produisant pour l'homme les moyens de ces diversifications. Mais celles-ci n'existent que dans la mesure où ces techniques fonctionnent, et celles-ci ne fonctionnent que dans la mesure où le système technicien se perfectionne. [...] la technique laisse des zones d'indifférence d'autant plus larges qu'elle est plus certaine ([93]).

Leggiamo ora Rorty:

> Pragmatists would prefer to have no high altars, and instead just have lots of picture galleries, book displays, movies, concerts, ethnographic museums, museums of science and technology, and so on — lots of cultural options but no privileged centra1 discipline or practice ([94]).

Il progetto rortiano di un utopismo pragmatico alla Dewey, umanista e democratico, molto più prosaicamente non corrisponde al progetto della tecnica? alla direzione del fenomeno tecnico e del progresso tecnico la cui congiunzione costituisce il sistema tecnico? Se così è, avere preoccupazioni utopiste è piuttosto insensato (o meglio, paradossalmente, è sensato poiché il proprio vocabolario lo esclude: l'utopia sta nel voler essere utopisti con un vocabolario che non lo permette):

([93]) J. ELLUL, ***Le*** système technicien, cit., p. 122.

([94]) R. RORTY, *Philosophical papers*, vol. 2, cit., p. 132. Approfittiamo di questa nota per una digressione. Il pluralismo culturale di Rorty, compiaciuto e post-modernista, si rivolge soprattutto alla letteratura: dedica molte pagine a romanzieri come Nabokov ed Orwell (cfr. Contingency, irony, and solidarity, cit.). Noi ci permettiamo un altro riferimento letterario: troviamo le tematiche della contingenza, dell'antidogmatismo, della fungibilità, e di una certa frivolezza estetizzante, nel futurismo. Tra pragmatismo e futurismo ci sono, beninteso, radicali differenze (si pensi solo al tema della violenza nel secondo), come ci sono analogie molto precise. Abbiamo detto antidogmatismo, estetizzante superficialità, contingenza. Facciamo un esempio, uno dei versi più celebri di Ardengo Soffici, poeta futurista italiano: "L'uomo più fortunato è colui che sa vivere nella contingenza al pari dei fiori". C'è il senso della superficialità e quindi della modificabilità di ogni cosa, della destituzione di ogni possibile dogma attraverso un estetismo fiorito — così ci piace chiamarlo. Non è strano perciò che Vincenzo Mengaldo, nella nota antologia, parli di "pericolosa superficialità" (V. MENGALDO, Poeti italiani del Novecento (1978), Milano, Mondadori, 1986, p. 339), rilevando la modificabilità stessa di una simile posizione e l'opportunismo a cui si presta (Soffici, come tanti altri futuristi, aderirà in politica al fascismo, in arte al neoclassicismo — e quanti erano stati i proclami futuristi contro il passatismo!). Ellul potrebbe qui parlare di souplesse. È nel carattere proprio della poesia futurista mescolare tempi e luoghi diversi, i più disparati oggetti, linguaggi e registri, o, come direbbe Rorty, vocabolari; e tutto questo, ripetiamo, si svolge ad un livello di superficie, dove ciò che conta è la velocità di ciò che passa (contingenza). Basta leggere il celebre manifesto futurista di Marinetti: è persino banale rimarcare che il vocabolario futurista è essenzialmente un vocabolario tecnico; come crediamo sia il vocabolario di Rorty, il quale tuttavia cerca di dare un tono benevolo e sfumato a ciò che i futuristi esprimono con franchezza, cioè la dimensione tecnica e violenta della modernità.

> le système technicien laisse hors de son champ ce qui autrefois était objet des plus grands soins de la société (par exemple l'identité des comportements moraux). C'est pourquoi il faut éviter de poser en termes moraux classiques les problèmes actuels: par exemple parler de liberté ou de responsabilité dans le système technicien ne signifie rien ([95]).

La retorica rortiana del pluralismo rivela forse un'altra fisionomia: le nostre scelte (libertà) sono limitate dal sistema tecnico; ma in che misura determinate? "Nos choix ne sont donc jamais réels, ils portent seulement sur ce que la société technicienne met à notre disposition" ([96]); "sous le pluralisme apparent des formes culturelles se précise un système universel et commun, identique en tous lieux" ([97]), "la totalisation est simplement l'autre face de la spécialisation" ([98]).

E il fatto che molte informazioni ed opportunità siano disponibili, non implica necessariamente una crescita culturale: il sapere non è mera raccolta di informazioni, ma elaborazione delle informazioni; se il sapere tecnico si riduce alla *mise en place* delle informazioni non può dirsi *sic et simpliciter* produttivo di cultura ([99]). E la mera 'disposizione' delle informazioni offerte (che siano utilizzabili in maniera ampiamente discrezionale), non costituisce *ipso facto* una *crescita* culturale. (Se una *elaborazione* è una crescita, la mera disposizione non la implica).

20. – Torniamo dunque a ciò che iniziando la nostra lettura di Ellul abbiamo sottolineato come fondamentale, il problema della *razionalità tecnica*. La razionalità tecnica

> fait un choix, une discrimination pour retenir le moyen le plus efficace, le plus adapté au but recherché, et nous aurons alors une réduction des moyens à un seul: celui qui est effectivement le plus efficient. C'est là le visage le plus net de la raison sous son aspect technique ([100]).

([95]) J. ELLUL, Le système technicien, cit., p. 122. La definizione di 'utopismo pragmatico', usata poco supra, è ambigua, ma la utilizziamo per questo, perché mostra l'ambiguità rortiana di un dover essere che non si distingue dall'essere.

([96]) J. ELLUL, Le système *technicien*, cit., p. 358.

([97]) Ibidem, p. 210. — È esemplare in questo senso l'esempio del 'bazar' come modello della nostra società: ognuno con la propria nicchia all'interno del mercato globale (R. RORTY, *Philosophical papers*, cit., vol. 1, pp. 209-210), o la retorica della rete senza centro ("centerless web", e così "the rise of large market economies, the increase in literacy, the proliferation of artistic genres, and the insouciant pluralism of contemporary culture" — ibidem, p. 193).

([98]) J. ELLUL, Le système technicien, cit., p. 220.

([99]) Cfr. J. ELLUL, Le bluff *technologique*, Paris, Hachette, 1988, p. 175.

([100]) J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu du* siècle, cit., p. 18.

Aggiungiamo:

> le phénomène technique peut se résumer comme "la recherche du meilleur moyen dans tous les domaines". C'est ce "one best way" qui est à proprement parler le moyen technique et c'est l'accumulation de ces moyens qui donne une civilisation technique ([101]).

Possiamo dunque distinguere una forma di razionalità, che è la razionalità tecnica, e che consiste nella 'ricerca del mezzo migliore'. Ma la pretesa razionale della tecnica, individuare la one best *way,* da cosa è guidata? Se è vero che la tecnica è caratterizzata dalla teleologizzazione dei mezzi, nulla guiderà la ricerca che non sia ciò che la stessa tecnica mette in campo. Autonomia, autoreferenzialità. Ma continuiamo ancora a parlare di mezzi e di fini, riconosciamo che rimane in gioco un principio di razionalità, che qui consiste nell'identificazione del mezzo migliore per un certo risultato. Ora, il problema è quello dell'indistinzione fra mezzi e fini. Ove vi sia teleologizzazione dei mezzi e riduzione dei fini ai mezzi, diviene razionalmente impossibile distinguere gli uni dagli altri ed individuare il mezzo migliore per un certo fine. La tautologia implicata nella teleologizzazione dei mezzi rende indistinti mezzi e fini. Se questo è veramente un carattere della tecnica essa perde la possibilità di articolare razionalmente i propri processi, e cade l'ipotesi di una razionalità tecnica. La tecnica sarà invece razionale se saprà essere orientata a fini non riducibili ai mezzi impiegati.

21. – Torniamo alla questione del diritto. Ellul sviluppa alcune indagini storiche intorno al fenomeno tecnico, e daremo qui nota di quelle che più ci interessano, cioè quelle che coinvolgono il diritto.

Roma è presa ad esempio di "perfection de la technique sociale aussi bien civile que militaire" ([102]), grazie soprattutto alla tecnica giuridica che garantisce la "cohérence interne de la société" ([103]). Il medioevo, al contrario, non presenta caratteri tecnici, e questo è dimostrato dalla prevalenza del diritto consuetudinario ([104]). Ancora il rinascimento non conosce lo spirito tecnico venturo, e lo dimostra il fatto che il magistrato debba generalmente conoscere l'alchimia e lo storico la medicina ([105]). In una parola lo dimostra l'universalismo rinascimentale, che spiega anche perché

([101]) *Ibidem,* p. 18.
([102]) *Ibidem,* p. 27.
([103]) *Ibidem,* p. 28.
([104]) *Ibidem,* p. 31. Su questo non possiamo che rimandare a P. GROSSI, *L'ordine* giuridico medievale, Roma-Bari, Laterza, 1995.
([105]) J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu* du siècle, cit., p. 37. Cfr. su questo P. NERHOT, Diritto-Storia, Padova, Cedam, 1994.

nei libri del tempo, abbondanti di digressioni, si trovi ancora quella mancanza di ordine logico che a noi oggi pare inammissibile. E nel settecento che inizia a rafforzarsi lo spirito tecnico, e nella codificazione ne avremo una delle espressioni più rilevanti ([106]). Un dominio che va dal naturale al sociale: la scienza si confonde sempre più con l'applicazione delle tecniche, la politica con l'imposizione di un ordine sociale omogeneo. L'abolizione delle corporazioni e la lotta contro gli ordini religiosi rientrano in un progetto di controllo della società che si avvale della sua atomizzazione (secondo Ellul la volontà generale di Rousseau e la mentalità giacobina sono in questo senso eloquenti).

Quali siano le ragioni profonde di questo sviluppo non è dato sapere con certezza ed in modo definitivo; un fenomeno come quello tecnico, preesistente, acquista a cavallo dei secoli XVIII e XIX una rilevanza mai avuta prima; Ellul elenca le possibili cause storiche di tale svolta, e solo il loro effetto combinato potrebbe spiegarla.

Il carattere centrale del fenomeno tecnico, come già detto, è quello dell'autonomia, che si manifesta in primo luogo "à l'égard de la morale et des valeurs spirituelles" ([107]).

> La technique ne supporte aucun jugement, n'accepte aucune limitation. C'est en vertu de la technique bien plus que de la science que s'est établi le grand principe: chacun chez soi. La morale juge des problèmes moraux; quant aux problèmes techniques, elle n'a rien à y faire. Seuls des critères techniques doivent y être mis en jeu. La technique se jugeant elle-même se trouve évidemment libérée de ce qui a fait l'entrave principale [...] à l'action de l'homme. Elle assure ainsi de façon théorique et systématique la liberté qu'elle avait su conquérir en fait. Elle n'a plus à craindre quelque limitation que ce soit puisqu'elle se situe en dehors du bien et du mal ([108]).

Ricordiamo quanto detto a proposito di Rorty e del problema dell'autoreferenzialità? L'ironico ironizza su ciò su cui decide di ironizzare; la contingenza stabilisce ciò che è contingente; la condotta giudica di se stessa

---

([106]) J. ELLUL, La *Technique* ou *l'enjeu du siècle,* cit., p. 39 ss. Chiaramente queste demarcazioni storiche vanno prese con beneficio d'inventario: per ciò che ne sappiamo, ancora alla metà del settecento chi vuole avviarsi alla vita religiosa è tenuto a studiare tanto la filosofia quanto la teologia scolastica, tanto il diritto civile quanto il diritto canonico, senza trascurare le esercitazioni letterarie. L'agiografia poi, per scendere nel particolare, implica la conoscenza delle discipline storiche e dei problemi gnoseologici da risolvere per poter ricostruire la vera vita dei Santi, smascherando gli errori perpetrati da false leggende agiografiche. Ed è chiaro che il problema della prova, e delle fonti di prova, è anche un problema giuridico. La tecnica dividerà le discipline che ancora alla metà del settecento, se è vero ciò che abbiamo detto, intrattengono una fitta corrispondenza.

([107]) *Ibidem,* p. **122.**

([108]) *Ibidem,* p. **122.**

ed il comportamento è già una regola. I ponti che Rorty sembra voler gettare fra filosofia e letteratura, fra politica e scienza, sono meno la collaborazione fra saperi diversi che, in chiave tecnica, l'intercambiabilità degli stessi, come malleabilità, come fungibilità.

La tecnica determina la tecnica, la morale la morale; la tecnica risponde ai propri interrogativi come la morale ai propri. Potremmo estendere il discorso anche al diritto? La celebre separazione fra diritto e morale andrebbe riletta alla luce di tali rilievi. La conclusione ne è evidente: il giuspositivismo non è che un prodotto dello spirito tecnico. Solo il diritto determina il diritto, separato dalla morale, capace di rispondere da sé ai propri interrogativi, ed autorizzato a farlo ([109]).

Ma non vi è una contraddizione nel dire che la tecnica rende tutto fungibile alimentando allo stesso tempo un principio di autonomia? Si tratta di una dinamica complessa, per cui nel momento in cui è riconosciuta un'autonomia è riconosciuta allo stesso tempo una souplesse (ad esempio: se al solo diritto è riconosciuto di stabilire cosa è diritto, quanto il diritto stabilirà sarà diritto). Prima la tecnica separa (diritto e morale, ad esempio), quindi dispone. (In chiave politica: l'atomizzazione come condizione del controllo).

Inoltre, il commercio ambiguo fra essere e dover essere è tale che la tecnica, una volta emancipatasi e conquistata la propria autonomia nei confronti dell'etica, acquista paradossalmente un rilievo morale:

> L'on a prétendu longtemps qu'elle faisait partie des objets neutres; actuellement ce n'est plus utile; sa puissance, son autonomie sont si bien assurées qu'elle se transforme à son tour en juge de la morale, en édificatrice d'une morale nouvelle ([110]).

Un esempio di questo può essere, ancora in ambito giuridico, l'importanza accordata all'efficacia, o all'efficienza, a discapito della giustizia ([111]); o l'importanza data alla prassi applicativa a discapito dei principi, di quei concetti o principi che Rorty non esiterà a definire metafisici, a giudicare dalla sua opinione sui diritti dell'uomo:

([109]) Notiamo inoltre che il concetto di autorizzazione, utilizzato qui non a caso, presenta il prefisso 'auto', comune ad autonomia, *autoaccresciemnto*, automatismo, *autoreferenzialità*: il carattere della tecnica sta dunque in questa forma di 'autarchia'? (Con un'interpretazione cui non diamo il minimo credito filologico, potremmo derivare dal greco il concetto di autorizzazione — *autós* (da sé), *riza* (radice) — e tradurlo come 'autoradicarsi': dare a sé radici e dunque fondamenti e dunque legittimazioni).

([110]) J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu* du *siècle*, cit., pp. 122-123.

([111]) *Ibidem*, pp. 121-122.

> the naturalized Hegelian analogue of "intrinsic human dignity" is the comparative dignity of a group with which a person identifies herself ([112]).

(Ancora la tautologia fra comportamenti e regole, fra pratiche e principi). Non occorre procedere a solenni dichiarazioni e formulazioni generali; è importante limitare

> the formulation of general principles except where the situation may require this particular tactic — as when one writes a constitution, or rules for young children to memorize. It is useful to remember that this view of moral and political deliberation was a commonplace among American intellectuals in the days when Dewey — a postmodernist before his time — was the reigning American philosopher, days when "legal realism" was thought of a desirable pragmatism than unprincipled subjectivism ([113]).

L'assimilare una costituzione ad una 'serie di regole che devono essere memorizzate da bambini piccoli', dimostra in quale discredito siano cadute presso il pragmatista rortiano le formulazioni di principi, ivi compresa la giustizia (Rorty critica Dworkin che si ostina a parlarne) ([114]); di seguito il richiamo al realismo giuridico mostra quale 'tattica' ne supplisca la mancanza: il momento tecnico-applicativo si autogestisce, si autoregola, si autoapplica, si autorizza, cioè si autolegittima. I mezzi si sostituiscono ai fini.

22. – La tecnica prima separa (diritto e morale), quindi controlla (ottimizzazione tecnocratica). Il processo per cui i mezzi, una volta disposto dei fini, si sostituiscono ad essi, può essere definito come un processo di *teleologizzazione* dei mezzi. Citiamo ancora da Ellul:

> L'homme qui vit dans le milieu technique sait bien qu'il n'y a plus de spirituel nulle part. Et cependant nous assistons à un étrange renversement; l'homme ne peut vivre sans sacré; il reporte son sens du sacré sur cela même qui a détruit tout ce qui en était l'objet: sur la technique ([115]).

A proposito, Ellul parlerà anche tecnica sacrée ([116]).

La realtà giuridica, che qui stiamo utilizzando come rivelatrice dei rapporti fra tecnica e razionalità, a dire il vero meno di altre avrebbe seguito lo sviluppo tecnico:

> Le régime juridique, n'est pas adapté à la civilisation technique. Et c'est l'une des causes du mépris de plus en plus grand envers le droit et de son inefficacité.

([112]) R. Rorty, *Philosophical papers*, vol. 1, cit., p. 200.
([113]) Ibidem, p. 201.
([114]) Ibidem, p. 198.
([115]) J. Ellul, La Technique ou *l'enjeu* du *siècle*, cit., pp. 131-132.
([116]) Ibidem, p. 133.

> D'une part, le droit est toujours conçu en fonction d'une société traditionnelle. Il n'a pas enregistré la transformation essentielle du temps. Son contenu est toujours identique à ce qu'il était il y a trois siècles. [...]
>
> D'autre part, sa forme et ses méthodes n'ont pas davantage varié. La technique juridique a très peu subi l'influence des techniques ambiantes; cependant, quant à la rapidité, à la souplesse, il eût pu gagner beaucoup.
>
> Devant cette impotence du droit on passe alors à l'extrême et l'on charge l'administration de tout ce qui est le produit de notre temps, dans le domaine juridique ([117]).

È evidente che qui Ellul utilizza il termine diritto in un senso molto circoscritto; se in esso comprendiamo invece una serie di fenomeni che caratterizzano già l'epoca napoleonica (la leva di massa, lo sviluppo del diritto amministrativo), possiamo vedere come il diritto sia indice delle trasformazioni operate dalla tecnica. Ma, probabilmente, il diritto e la politica ci informano sulla tecnica soprattutto in senso negativo, o privativo, cioè a nome di ciò che la tecnica ha tolto loro. Infatti non si pone più il problema di uno stato giusto ma di uno stato che permetta al meglio l'utilizzazione delle tecniche: "L'Etat n'est plus pris entre la réalité politique et les théories et impératifs moraux; il est pris entre la réalité politique et les moyens techniques " ([118]).

> Le pouvoir politique n'est plus exactement un Etat; il cessera de plus en plus de l'être: amalgame d'organisation avec un organisme de décision très réduit parce que dans un jeu de techniques la décision a de moins en moins de place. De même que la machine automatique élimine l'homme qui n'a plus qu'à la contrôler et à veiller qu'elle ne se dérègle, de même une organisation au point fonctionne avec le minimum de décision. Elle n'est pas rigide et sait d'elle-même s'adapter aux problèmes courants ([119]).

([117]) Ibidem, p. 229. Si potrebbe pensare che l'odierna informatica giuridica possa segnare una decisa inversione di rotta nel rapporto fra diritto e tecnica, nel senso che le forme giuridiche e i metodi della pratica giuridica ne assumerebbero certi caratteri, non in ultimo in chiave di rapidità e souplesse (si consideri ad esempio, per il giudizio, la 'ricerca della regola' in chiave informatizzata, per una decisione più rapida e giustificata in base a criteri computazionali).

([118]) Ibidem, p. 253. Ellul non esita ad allontanarsi dal formalismo tecnico: "qu'on le veuille ou non, le droit est lié à la justice" (p. 297).

([119]) Ibidem, p. 254. — In questa prospettiva, crediamo, fu piuttosto la concezione dello stato a diventare funzione di istanze tecnico-totalitarie, e non viceversa, e non sembra pienamente condivisibile l'accusa di statolatria tout *court* rivolta ai regimi totalitari. E indubbia la critica del comunismo rivoluzionario e del nazionalsocialismo, quantomeno ai loro esordi, nei confronti della concezione ottocentesca dello stato. Il diritto nazionalsocialista, per i nazionalsocialisti, non deve essere obbedito in quanto diritto, deve essere obbedito in quanto nazionalsocialista. Una legittimazione sostanziale (la volontà del popolo inteso come razza o come classe), e non il culto dello Stato, regge gli ordinamenti giuridici totalitari. Un'ideologia statualista è tutt'al più un espressione 'tarda' del totalitarismo, una volta che lo stato sia già ridotto a certe

D'altro canto, fra i caratteri della Tecnica rientra l'esigenza di ridurre il più possibile l'alea tra intenzione e realizzazione, al fine di garantire risultato e rendimento; è evidente che dove volontà e decisioni si estendessero, nella loro possibilità, sopra un piano troppo ampio ai fini di un loro controllo preventivo, si potrebbero incontrare problemi in ordine alla loro realizzabilità. Una *superficie* troppo ampia, uno spazio di decisione troppo esteso, possono essere un pericolo se non si è in grado di garantire la soddisfazione delle aspettative. Il riferimento ad un principio quale la giustizia può eludere la logica tecnica (ed è forse ciò che Rorty intende evitare?) — "Un droit construit en fonction de la justice contient une donnée imprévisible; ceci gêne évidemment le juriste" ([120]).

> D'autre part, la justice n'est pas au service de l'Etat. Elle prétend même juger l'Etat. Un droit construit en fonction de la justice échappe à l'Etat, ne peut être édifié par lui, ni modifié; on n'acceptera cette situation que dans la mesure où l'Etat n'est pas assez puissant, n'est pas pleinement conscient de lui-meme et aussi dans la mesure où le juriste n'est pas exclusivement rationaliste et subordonné aux résultats. [...] Un certain équilibre se produit entre la recherche de la justice et la technique juridique qui s'épanouit dans une période de droit naturel. La technique juridique a sa place, qui d'ailleurs n'est pas tellement facile à définir ([121]).

Seguono poi considerazioni sul ruolo della tecnica giuridica, che è "non seulement d'adaptation mais de création du droit dans son entier" ([122]); questo ci rimanda al problema del realismo giuridico rivalutato dal pragmatismo rortiano: l'applicazione-creazione "correspond exactement à la notion de la technique en général, c'est-à-dire d'une recherche artificielle de l'efficience: efficience qui est portée ici à l'état pur, puisque l'on en vient à dire que le droit n'existe pas sans cette efficience [...]; l'application du droit ne vient plus de l'adhésion mais de l'ensemble de mécanismes qui ajustent, par artifice et raison, le comportement à la règle" ([123]). "La technique juridique

---

istanze. Sui giuristi sovietici fra Lenin e Stalin, vedi R. TREVES, Sociologia del diritto, Torino, Einaudi, pp. 94-99; sulla distinzione fra nazionalsocialismo e fascismo e sul 'binomio inarticolato *Volk-Führer*' di cui lo stato nazionalsocialista è strumento, vedi J. EVOLA, Il fascismo visto dalla destra, Roma, Il Settimo Sigillo, 1989, pp. 155-168 in particolare.

([120]) J. ELLUL, La Technique ou *l'enjeu* du siècle, cit., p. 265; è chiaro che qui Ellul utilizza il termine 'giurista' intendendo riferirsi al giurista positivo, non dissimile dal tecnico.

([121]) Ibidem, p. 265; la razionalità a cui Ellul qui si riferisce è evidentemente una razionalità di segno negativo, dominata dal tecnicismo.

([122]) Ibidem, p. 266.

([123]) Ibidem, p. 267. Qui Ellul parla di regole che costringono i comportamenti, ma a nostro modo di vedere il problema più grave è quello della sparizione del concetto stesso di regola ove la teleologizzazione della pratica (dei comportamenti) abbia il soprawento.

pour être précise suppose que l'on ne s'encombre plus de la justice" (124). Si può a questo punto rilevare il rapporto fra tecnica, scienze naturali e diritto:

> Au moment où une mentalité technique pure, une technique en soi pénètre dans le monde juridique de l'extérieur, n'ayant plus ses racines dans le droit, mais bien dans les sciences physiques, par exemple, ou la biologie, des bouleversements décisifs pour la vie sociale se produisent. Le technicien rejette en effet aussi bien l'école historique et l'école du droit naturel. Le droit n'est plus qu'un composé de normes techniques [...]. Aussi bien les exigences de la conscience que celles de la société, pour parler le langage traditionnel, sont subordonnées au point de vue de la technique normative. Il n'est plus nécessaire d'obtenir une adhésion (125).

Dunque il diritto si autoregola, come in generale la tecnica si autoregola, e l'autoregolazione si pone nei termini di una riduzione dell'alea al minor margine possibile: "Le technicien est un homme qui analyse et prévoit. Il ne peut supporter l'indéterminé. Il ne peut supporter l'initiative qui bouleverse la rigueur" (126).

A nostro modo di vedere, il problema più profondo dell'autoregolazione è quello della sparizione del concetto stesso di regola: dove il mezzo è il fine, dove il comportamento è la regola, come si dà la possibilità di un mezzo illegittimo, di un comportamento scorretto? (a rigore, anche di un mezzo inefficace, poiché se il mezzo è fine a se stesso, non esiste un criterio ulteriore che ne giudichi: paradossalmente, in quanto mezzo raggiunge già il proprio fine). *Se la regola si riduce alla pratica, ogni pratica sarà regola.*

Ma se resta fondamentale, per un principio di verità e di razionalità, poter distinguere una pratica corretta da una pratica che non lo è, una sentenza giusta da una sentenza che non lo è, sono necessari dei criteri normativi di giudizio. Beninteso, questo non implica che siano criteri legislativi rigidamente determinati; possono ben essere di natura giurispmdenziale, ma in questo caso all'interno della pratica giurisprudenziale dovrà essere distinto un momento normativo ed un momento applicativo (127). Certo, il criterio che consente la distinzione dei due momenti non è dato.

---

(124) Ibidem, p. 268.
(125) Ibidem, pp. 268-269.
(126) Ibidem, p. 270.
(127) Cfr. sul problema L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia* e critica *del* diritto, Torino, Giappichellli, 1995, p. 58: "Se la norma — anche giuridica — è ciò che viene usato quale premessa in un ragionamento giustificativo, il diritto più che un fatto è un processo. E se il diritto è concepito non più come fatto, ma come processo, la distinzione tra due oggetti di discorso — il diritto che è e il diritto che deve essere — non può più essere mantenuta netta. Il diritto diviene, si trasforma: non è un fatto, ma viene fatto. E [...] viene fatto sulla base delle idee che si hanno su come deve essere fatto: o almeno, qualora la giustificazione sia richiesta, sulla base di queste idee viene giustificato. La distinzione tra «essere» e «dover essere» quindi, se pure resta non

23. – Una postilla curiosa, su Rorty, in tema di pratiche sociali, diritti dell'uomo e politica internazionale. L'etnocentrismo che Rorty sostiene a dispetto dell'internazionalismo liberale e delle formulazioni universalizzanti dei diritti dell'uomo, potrebbe riconoscersi in quanto Marinetti prevedeva per la Società delle Nazioni?

> La Società delle Nazioni è una delle tante ideologie fiorite dalla stanchezza e dall'esaurimento nervoso.
> La Società delle Nazioni se verrà realizzata come fu sognata, sarà o platonica [...], senza efficacia, o attiva, e diventerà in questo caso soffocatrice d'ogni libertà e d'ogni sviluppo nazionale ([128]).

Rorty presenterebbe la medesima alternativa per le odierne organizzazioni internazionali? E ne auspicherebbe un carattere inconsistente piuttosto che 'soffocatore'?

24. – Non è un mistero che certe condanne della tecnica accomunino pensatori diversi, da destra a sinistra, in nome di un antimodernismo dalle ragioni diverse ([129]). Di certo, non si possono dimenticare i drammi del novecento, e l'uso della tecnica perpetrato dai regimi totalitari. Eppure,

---

toccata a livello analitico, si offuscae non di poco — come è ormai quasi generalmente ammesso — sul piano fenomenologico". Ammettere a livello analitico la distinzione fra essere e dover essere e riconoscerne l'offuscarsi a livello fenomenologico, pone alcune domande: se avere chiara una distinzione ci permette di analizzarne l'offuscamento, cosa consegue all'analisi di un offuscamento? manteniamo la distinzione offuscata? manteniamo una chiarezza analitica talmente chiara da offuscarsi? e se fosse una distinzione offuscante? Perché, se riconosciamo una chiara distinzione analitica, del tutto semplicemente non la applichiamo?

([128]) F.T. MARINETTI, Pacifismo e Società delle Nazioni carabiniera, parte dodicesima di Democrazia futurista (Dinamismo politico), del 1919, in Teoria e invenzione futurista (a cura di L. De Maria), Milano, Mondadori, 1983, pp. 391-392.

([129]) Da sinistra, cfr. M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, Dialektik *der Aufklärung* (1944), S. Fischer Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1969, Neupublikation — *locus* classicus per la definizione della razionalità tecnica come razionalità del potere e del dominio economico. Da destra, cfr. J. EVOLA, Rivolta contro il mondo moderno (1934), Roma, Mediterranee, 1988; v. le pp. 423-433 sull'America, nell'ambito della seconda parte del libro intitolata "Genesi e volto del mondo moderno"; l'inno collettivistico di Majakowskij a Chicago è il segno che i due imperi, americano e sovietico, nonostante le differenze rappresentavano per Evola la medesima "civiltà della macchina, della quantità e della tecnocrazia" (424), vs qualità e personalità che informano, con riferimento alla trascendenza, i sistemi organici tradizionali; v. anche p. 426 per la condanna dell'utilitarismo, esemplarmente interpretato dal pragmatismo di James, p. 429 per la condanna del tecnicismo come automatismo e spersonalizzazione, p. 431 per la condanna della 'regressione al collettivo'. V. anche P. RAUTI, Le idee che mossero il mondo, Roma, Ed. Europa, 1976, p. 390 ss. vs 'americanismo', ed in particolare p. 393 vs la mancanza del senso delle differenze, mancanza che è indice di un 'primitivismo' proprio dell'uomo-massa.

perché condannare proprio la tecnica? Non è un rifiuto mosso da un conservatorismo di fondo? Non è il rifiuto di chi teme il nuovo e gli addossa i pericoli più gravi? La tecnica è irrazionale? Si direbbe di sì se fosse la confusione tautologica di mezzi e fini, ma l'esperienza del realizzare qualcosa, di cui siamo costantemente attori o testimoni, è un'esperienza che contraddice tale supposta irrazionalità e confusione. Se è possibile realizzare qualcosa, e ne abbiamo tutti l'esperienza, significa che è possibile adoperare un mezzo in vista di un fine; allora, la supposta confusione tautologica non è che una paura intellettuale?

25. – Tecnica come esito di un processo di adattamento? Tecnica come metodo 'vincente'? (come quando si dice: 'è una buona tecnica'). Se si ha una buona tecnica per ottenere un risultato (poniamo, accendere il fuoco), e se è possibile tradurla in termini teorici, l'opposizione fra teoria e pratica non avrà senso (se il fuoco non si accende, o è sbagliata la teoria che si è applicata, o è sbagliata l'applicazione; è assurdo dire che qualcosa sia vero in pratica ma non in teoria, o viceversa che sia vero in teoria ma non in pratica).

Ma, si obietterà, questa è l'accezione tradizionale di 'tecnica', simile a quella greca di 'arte', o 'abilità' (regole o modi di procedere per certi fini).

In senso moderno la tecnica è invece dominazione economica? riproduzione automatica? teleologizzazione dei mezzi? cieca autoreferenzialità?

Non bisogna forse naturalizzare la tecnica anziché demonizzarla?

26. – Non è evidente che la tecnica si riduca ad automatismo: la tecnica permette il nuovo. Non è solo ripetizione, ma anche ampliamento delle *possibilità* (130). Accrescimento non è autoreferenzialità. (In questo, la scienza e la tecnica presentano un carattere genericamente 'artistico') (131).

Forse si tratta solo di aumentare in quantità qualcosa che è già iscritto come modalità dell'uomo; e forse si ha d'altro canto la perdita di altre possibilità, parallela all'acquisizione di possibilità nuove. — In ogni caso, tale è la storia del progresso tecnico-scientifico.

---

(130) "Il ne faut pas oublier que les théologiens, se fondant sur la Genèse, avaient expliqué que l'homme tenait en lui, du fait de son créateur, le génie inventif, et qu'aussi bien l'homme lui-même que la création n'étaient que des possibles posés par Dieu, des virtualités. La création n'était ni parfaite ni achevée: c'est l'homme qui, dans le plan de Dieu, devait accomplir. L'homme qui devait rendre réels ces possibles et développer ces virtualités. Ce qu'il a fait justement grâce à la technique" (J. ELLUL, *Le bluff technologique*, cit., p. 159).

(131) Ma è fin troppo facile pensare oggi alle tecniche e alle arti come espressioni di una realtà plurale, o multidimensionale; è il problema della razionalità, e delle regole, a doverci impegnare, e non è l'elogio rilassato della post-modernità. Come è possibile praticare un'*arte* razionale? — Nella raffinata scrittura di Heidegger sulla tecnica, come nella sapiente scrittura di Ellul, manca forse una riflessione sul nuovo e sulle forme razionali che lo permettono.

E la tecnica ha da sempre fornito alla scienza i mezzi per organizzare le proprie 'mostrazioni' ([132]); cioè i mezzi per allestire l'*esperimento*, come pratica epistemica di conferma dell'ipotesi. Senza le tecniche atte a tal fine, cioè la verifica sperimentale, difficilmente si potrebbe confermare o smentire un'ipotesi. Il vero è dunque attestabile in una dimensione epistemico-scientifica che non prescinde dalla tecnica, tutt'altro.

Ma sarebbe forse fuorviante dire che esiste qualcosa come una 'tecnologia della ricerca del vero'. Sarebbe più appropriato dire che esiste una 'tecnologia *per* la ricerca del vero'. Nel senso che un mezzo tecnico è sempre rivolto ad un fine ***(per)***, ed il fine non è mai riducibile al mezzo. (Questo consente anche la distinguibilità del mezzo in quanto tale; ove così non fosse, avremmo l'autoreferenza tautologica).

27. – Certo è impensabile che la tecnica giunga ad avere un controllo assoluto sui fenomeni naturali, ma cercare le migliori risposte a certi fenomeni non è certo condannabile — se tecnicamente possiamo costruire edifici anti-sismici e salvare con questo vite umane, non è bene?

Non possiamo e dobbiamo migliorare noi stessi ed il nostro mondo? Spesso si invoca, da parte di una cultura 'umanista', la vanità dei progetti razionalisti di previsione e controllo del corso degli eventi. Si dice che l'imprevisto, la fatalità, l'ignoranza, non saranno mai eliminabili. Non v'è dubbio, ma questo non toglie che siano *riducibili*. La posizione 'umanista' è una posizione che si presta ad un grave malinteso: quello di screditare ogni tentativo di miglioramento. Si tratta in sostanza di una posizione di acquiescenza rispetto al presente,, di sostanziale accettazione dell'esistente e di diffidenza verso il nuovo. E invece nel nostro potere, e nel nostro dovere, la ricerca di mezzi che migliorino le condizioni di vita, e che ovvino ai problemi in esse attuali.

28. – C'è continuità fra naturale ed artificiale (tecnico), nel senso che da sempre l'uomo ha integrato i mezzi naturali con mezzi di propria invenzione e realizzazione? Anche la ruota è un'espressione di tecnica, e di artificialità (in natura, non esiste già la ruota come tale). Ma oggi, al senso comune è palese una grande distanza fra l'artificiale e il naturale, nonostante, paradossalmente, sia spesso l'artificiale a riprodurla (le riproduzioni di suoni naturali, come il canto degli uccelli o il rumore del mare, acquistabili su supporti digitali e riproducibili a piacere) ([133]); in questi casi, il naturale sembra più che altro un *effetto* dell'artificiale — eppure dà qualcosa come una sensazione 'di vera natura...'.

([132]) Sulla questione del 'mostrare', vedi P. NERHOT, *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, cit.

([133]) Fra ottocento e novecento, a wiene un passaggio cruciale per lo sviluppo della tecnica; da allora si accompagnano due reazioni opposte, di rifiuto preconcetto e di elogio acritico. — Giacomo Leopardi, dalla *Proposta di premi fatta dall'Accademia dei*

29. – Perché l'artificio non è una seconda natura e la natura un primo artificio?

La tecnica è un modo di essere dell'uomo, si potrebbe dire. Perché la creazione della ruota non dovrebbe essere vista come un fenomeno tecnico? Vi è una continuità fra natura e tecnica, dati i limiti della natura e il suo carattere perfettibile. (Forse la *selezione* rappresenta la continuità fra natura e tecnica). Gli eccessi rientrano nelle possibilità che ci sono offerte; non sono un'obiezione alla continuità fra natura e tecnica. È la nostra responsabilità ad essere in gioco.

Ma si risponde che questa è una definizione astorica della tecnica, quando *oggi* il fenomeno tecnico designa qualcosa di essenziale per la comprensione del *nostro mondo* ([134]).

30. – E il problema etico rima — tutto ciò che è tecnicamente possibile, è legittimo?

Anche un'azione malvagia, deprecabile, spregevole, può essere formalmente 'razionale'? cioè basta trovare il ,mezzo appropriato al fine inteso, quand'anche sia il più abominevole, per $conoscersi con ciò 'razionali'? tale versione della razionalità è qualcosa di meramente formale? — o forse è semplicemente il limite di una razionalità strumentale, che dovrebbe essere integrata ad una razionalità finale, concernente i fini perseguibili, giacché la distinzione operativa di mezzi e fini è ancora espressione della razionalità strumentale, e il farla prevalere rappresenterebbe paradossalmente una forma di 'teleologizzazione dei mezzi', cioè una forma di tecnica.

Una razionalità strumentale (mezzi / fini), prescindendo da una valutazione del fine non è né positiva né negativa in sé; non produce aberrazioni più di quanto non produca, in sé, risultati degni di lode. Ma è una razionalità 'strumentale' e che per questo risponde allo spirito moderno della 'teleologizzazione dei mezzi'?

31. – Un problema filosofico cardinale per la questione della tecnica è quello dell'*errore*: *come si capisce che qualcosa non funziona o che funziona male?*

Sillografi (1824, opera satirica): si promuova l'invenzione di una macchina a vapore che produca l'amico perfetto, di una seconda che produca l'uomo virtuoso e magnanimo, e di una terza che produca la donna ideale (G. LEOPARDI, *Operette* Morali, a cura di P. Ruffilli, Milano, Garzanti, 1982, pp. 51-59). Mario Morasso, da *La* nuova *arma (la* macchina) (1905) — in riferimento a Nietzsche e nello spirito che sarà del futurismo: è l'ora del *Wattman*, l'uomo dell'energia inarrestabile, l'uomo-macchina che tiene il tempo della velocità, e la cui cupidigia è senza limiti (M. MORASSO, La nuova *arma* (la macchina), ristampa con introduzione di C. Ossola, Torino, Centro Studi Piemontesi, 1994). — Dobbiamo queste due referenze al prof. Carlo Ossola, nel corso del seminario al Collège de France, per l'anno 1999-2000.

([134]) SU questa linea, cfr. M. HEIDEGGER, La questione della tecnica, cit.

32. – Il problema *dell'indistinzione*. Vi ritorniamo in chiave conclusiva. Dove qualcosa si autogiustifica, dove qualcosa è al principio della propria giustificazione, i fini sono indistinti dai mezzi.

Ciò che razionalmente si condanna della tecnica, è che essa da mezzo si trasformi in fine. La razionalità e la giustificabilità di un processo si perde ove il mezzo sia allo stesso tempo un fine; ove una medesima realtà sia allo stesso tempo principio e fine, il principio e la fine divengono assolutamente indistinguibili. Ove siano fenomenicamente indistinguibili, saranno razionalmente indiscernibili.— Si pensi il preteso *means-ends* continuum: se una continuità non permette di distinguere gli uni dagli altri, mezzi e fini, non ha più senso parlare né degli uni né degli altri.

Cosa ne discende? Ne discende che se il mezzo non rinvia ad un fine che si possa distinguere da esso, il mezzo-fine rinvia solamente a se stesso (se il 'rinviare' ha ancora senso). Ergo, si tratta di un rinvio autoreferenziale. Ciò che è mezzo rinvia a se stesso come fine. Ciò che è fine rinvia a se stesso come mezzo. L'opera della tecnica rinvia all'opera della tecnica. Se la tecnica è l'identificazione di mezzi e fini, il suo operare è essenzialmente autoreferenziale.

Cosa ne discende? In chiave razionale, per cui un contenuto di pensiero o di conoscenza è individuabile se distinguibile da altri sotto certi aspetti che rilevano dei suoi caratteri, il rinviare di qualcosa a se stesso è una forma della tautologia. Sex rinvia adx, il rinvio è tautologico. Sex operax, il suo operare è tautologico, Sex realizzax, la realizzazione è tautologica. L'autoreferenzialità, l'autoproduzione, l'autorealizzazione, sono forme di tautologia. Dunque, se la tecnica si definisce come indistinzione dei fini per rapporto ai mezzi, la tecnica si definisce per un carattere tautologico. La medesima x opera, produce, realizza la medesima *x*.

Ma il problema è soprattutto vivo per quanto riguarda la giustificabilità di una realizzazione tecnica. Se la tecnica è mezzo e fine al tempo stesso, un mezzo è fine a se stesso, e non vi sarà giustificazione se non *autogiustificazione*. Il rinvio autoreferenziale della tecnica è dunque il rinvio dell'autogiustificazione. La tecnica è tautologica nell'autogiustificarsi.

La distinzione fra mezzi e fini è necessaria per l'intelligibilità degli uni e degli altri, e per la giustificazione dei primi rispetto ai secondi. Così per una norma come

se vuoi x, devi fare y

in cui l'antecedente è il fine, e il conseguente il mezzo: al fine di x, devi fare y. — (La forma condizionale dell'enunciato è propria ad ogni regola, e norma è la regola deontica).

Ove, in senso tecnico, i mezzi siano i fini, diviene impossibile una giustificazione dei primi rispetto ai secondi. L'enunciato condizionale si ridurrebbe ad una tautologia; la pretesa giustificazione di un mezzo-fine ad

opera di un mezzo-fine non sarebbe che la ripetizione del medesimo:

se vuoi x-y, devi fare x-y.

A parte il carattere tautologico di un simile condizionale, il problema che esso suscita è quello della pretesa in esso implicata: *l'autogiustificazione.* Se un mezzo non si giustifica in vista di un fine poiché non esiste un fine distinguibile dai mezzi, allora la sola forrna di giustificazione che resta (se è ancora tale, e ne dubitiamo), è l'autogiustificazione, per cui un mezzo-fine giustifica un mezzo-fine.

Ne dubitiamo poiché l'autogiustificazione esclude in principio che qualcosa possa essere ingiustificato, dal momento che la cosa stessa è sufficiente alla propria giustificazione. Posto che x sia ciò di cui si interroga la giustificazione, se x stesso è la sola condizione della propria giustificazione, ogni x è sempre in grado di giustificare se stesso; *ergo,* la giustificazione viene privata di senso, giacché per principio mancherebbe la possibilità dell'ingiustificato.

Se *x* è la condizione sufficiente della propria giustificazione, per giustificare x basta porre x.

(Questo *pangiustificazionismo* relativizza la giustificazione e la priva di senso, come il *panpossibilismo,* l'idea che tecnicamente non esista l'impossibile, relativizza e priva di senso la dimensione del possibile).

33. – La riflessione da fare è sulla ripresa del pragmatismo. Perché il pragmatismo, oggi? — oggi ove le tecniche in rapidissimo sviluppo comportano paradossalmente una difficile prevedibilità circa il futuro del nostro sapere e del nostro mondo. Il pragmatismo, per noi, non vuole essere l'atteggiamento d'accettazione indiscriminata di tutto ciò che si presenta come opportunità, né il semplice invito alla disponibilità e all'apertura. *Il pragmatismo* è *una riflessione sull'azione, sul possibile e sul nuovo;* e in definitiva, *sul migliore* da concepire *e* da realizzare.

Una dimensione razionale vi è implicata. Il pragmatismo, se riflessione, valuta i fenomeni considerati in termini di effetti, in primo luogo. Rorty non ha torto quando dice che per il pragmatista "every difference must make a difference to practice" ([135]), salvo che la differenza per la pratica sarà una differenza di *effetti* pratici, e che una differenza di effetti si misura a partire da *cause.*

([135]) R. RORTY, *Philosophical papers,* vol. **3,** cit., p. 76. Filosoficamente, tale principio è da rinviare all'origine del pragmatismo, alla c.d. 'massima pragmatica' di Peirce (Collected *Papers,* 5.402), di cui certo non possiamo occuparci qui: ci basti dire che in essa la differenza pratica è una differenza di effetti, di cui non è sufficiente l'enunciabilità (in guisa di proposito, o programma, o altro), ma di cui è necessaria la verificabilità; e questo non sarebbe possibile se non ne fossero identificabili le cause.

In conclusione, due punti indissolubili sul senso del pragmatismo, oggi: il rapporto fra pragmatismo e nuovo, giustamente, ma di pari grado il rapporto fra pragmatismo e razionalità.

Un effetto è sempre da riferire ad una causa (ed alla regola che ne esprime la relazione). Tali termini (causa, regola, effetto) permettono un'articolazione razionale dei processi cognitivi e creativi che ci riguardano, come dei processi reali su cui verte la conoscenza. (Un processo reale non è mai un processo tautologico: se processo, fenomenicamente sarà distinguibile in un principio e in una fine, almeno).

L'approccio pragmatista consisterà in sostanza nella valutazione degli effetti, operati da cause attraverso regole. La dimensione razionale che vorremmo preservare al pragmatisrno permetterebbe di evitarne la deriva relativistica, il cui tratto, qui, è la proliferazione incontrollata ed indiscriminata delle opportunità presentate come possibili e valevoli. Un simile panpossibilismo non ha nulla di razionale, né di ragionevole. Il *faut* exclure quelque chose: operare al fine di un certo effetto, comporterà l'esclusione di ben altri effetti e di ben altre modalità. Che si possa operare per tutti gli effetti è un'assurdità palese. Se le nostre azioni e le nostre condotte sono orientate a certi fini ed effetti, si precludono altri fini ed effetti; è qualcosa che deve essere riconosciuto e che esclude ogni idea ecumenica di panpossibilismo. Tutti i possibili, tutti gli effetti, non possono essere perseguiti à la fois. *Il faut* bien exclure quelque chose. L'idea che tutti gli effetti siano parimenti disponibili è un'aberrazione tecnicistica. Al pari dell'idea che tutti gli effetti siano egualmente valevoli.

ABSTRACT

The preceding considerations amount to a period going from 1997 to 2000. Written in different times and different conditions, they share their object: some works of R. Rorty. We think we can read these works, for a great part, as the expression of a 'technological' vocabulary. Truly, we start from an eschatological suggestion, about hope, ending to some considerations on 'technology' and pragmatism.

Le considerazioni che precedono coprono un arco che va dal 1997 al 2000. Scritte in momenti diversi e condizioni diverse, hanno in comune l'oggetto: certe opere di R. Rorty. In larga parte ne proponiamo una lettura nel segno della 'tecnica'. In verità, iniziamo con una suggestione escatologica, sulla speranza, e concludiamo con alcune considerazioni su tecnica e pragmatismo.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XIV (2000)

SILVIA SCHIAVO

GRAZIANO, LE SCRIPTURAE NEFARIAE ED IL CRIMEN FALSI

1. – CTh. 11,39, De *fide* testiurn et *instrumentorum,* contiene un problematico testo dell'imperatore Graziano, parte di una più complessa costituzione data a Treviri nel **378** d.C. (1) ed indirizzata al prefetto del pretorio Antonio (2).

Leggiamo, in primo luogo, tale testo:

> CTh.l 1,39,7 (IMPPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD ANTONIUM PF.P.) Post alia: Iubemus omnes deinceps, qui scribturas nefarias comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut suspectae scribturae et falsae reos esse detinendos. DAT. PRID. ID. IAN. TREV. VALENTE VI. ET VALENTINIANO II. AA. COSS. (378)

Esso è stato interpretato dagli studiosi in una direzione univoca, ossia come un contributo alla disciplina della cosiddetta impositio *fidei,* procedura legata alla funzione probatoria della scrittura, in base alla quale chi, nel corso di un giudizio, intende servirsi di un documento deve preventivamente dimostrarne la *fides* (3).

---

(1) Cfr. O. SEECK, Regesten der Kaiser und Papste, Stuttgart, 1919, p. 248. L'altra parte di tale complesso intervento normativo è riportata dai compilatori teodosiani in C.Th. 9,20,1, unica costituzione del titolo *Victum* civiliter et criminaliter agere posse. Questo dato è rilevato, fra tutti, da: J. GOTHOFREDUS, *Codex* Theodosianus *cum perpetuis commentariis,* IV, Lipsiae, 1736-1743, p. 341; ***G.G.*** ARCHI, Civiliter *vel* criminaliter agere in materia di falso documentale (Contributo *storico-dommatico* al problema *dell'efficacia* della scrittura), in Scritti in onore di *Contardo Ferrini,* I, Milano, 1947, pp. 16 ss., ora in Scritti di diritto romano, III, Milano, 1981, pp. 1589 ss.

(2) Cfr. A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The* Prosopography *of the Later Roman* Empire, I, Cambridge, 1971, p. 77.

(3) La terminologia *imponere fidem* è giustinianea ma gli studiosi la utilizzano parimenti in relazione alle manifestazioni del fenomeno nei secoli precedenti. Su questo procedimento si vedano, fra gli altri: M. TALAMANCA, s.v. *Documentazione* e

In particolare si sostiene che, secondo il dettato di Graziano, coloro i quali mettono insieme delle scripturae nefariae, e ne producono una in giudizio, sarebbero tenuti, pena il rischio di essere considerati falsari, a dimostrarne la *veritas* (4).

Il medesimo principio sarebbe ribadito dai compilatori giustinianei, i quali accolgono il testo nel titolo C. 4,19 De probationibus, seppure con alcune, evidenti, modifiche:

> C. 4,19,24 (IMPPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD ANTONIUM PF. P) Iubemus omnes deinceps, qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut nefariae scripturae reos et quasi falsarios esse detinendos. DAT. PRID. ID. IAN. TREV. VALENTE VI ET VALENTINIANO II AA. COSS. (378)

Come si può notare, nel Codice di Giustiniano la costituzione viene recepita con alcune alterazioni testuali; in particolare, le scripturae non sono più definite nefariae, bensì suspectae; al contrario, in chiusura di testo, l'espressione *nefaria scriptura* torna a sostituire suspecta.

Fra gli studiosi vi è chi segnala che i giustinianei avrebbero perseguito un intento generalizzatore: mentre infatti nel Codice Teodosiano la portata applicativa della costituzione sarebbe limitata alle scritture definibili come *nefariae* (5), nel codice giustinianeo sarebbe generalizzata. Il principio dell'impositio *fidei* varrebbe solo in relazione a questi scritti.

---

documento (diritto romano), in ED, XIII, Milano, 1964, p. 548 ss; D. SIMON, *Untersuchungen* der Justinianischen Zivilprozess, Munchen, 1969, p. 289 ss.; M. AMELOTTI-G. COSTAMAGNA, *Alle* origini del notariato italiano, Roma, 1975, p. 26; P. SILLI, *CTh. 2,27,1.* Il valore probatorio del *chirografo* nella riforma di Onorio, in Studi *Senesi,* 96, 1984, in particolare alle pp. 419 ss., M. AMELOTTI, *Dall'età* postclassica *all'età* giustinianea, in Scritti giuridici, Torino, 1996, p. 181 ss.; ID., Giustiniano e la comparatio *litterarum,* in *Scritti,* cit., p. 215 ss.; ID., *Unitarietà* e particolarismi del documento bizantino, in Scritti, cit., p. 222 ss.

(4) G.G. ARCHI, *Civiliter vel* crimìnaliter agere, cit., p. 1655; ID., *La* prova *nel* diritto del basso *impero,* in IURA, 12, 1961, p. 1 ss., ora in Scritti, 111, cit., p.1855 ss., in particolare p. 1869, p. 1877; ID., Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano, in. Scritti in onore di C. *Ferrini* (Pavia), Milano, 1956, pp. 659 ss., ora in Scritti, III, cit., in particolare si veda p.1843.; M. TALAMANCA, Documentazione e documento, cit., p.557; U. ZILLETTI, Studi sulle prove nel diritto giustinianeo, in *BIDR,* 67, 1964, p. 167 ss.; su questa costituzione si veda p. 170; J.P. ADAM, ***Le*** *faux* en ecritures en droit *romain,* thèse, Paris, 1969, p. 270, nota 1; J.P. LEVY, Exceptio non numeratae pecuniae. La Zci de 215: une révolution dans le droi de la preuve? in *IURA,* 36, 1985, pp. 107 ss., ora in J.P. LEVY, *Autour* de la *preuve* dans *le* droits de *l'antiquité,* Napoli, 1992, p. 241 ss; cfr., in particolare, p. 247 e nota 21; M. KASER-K. HACKL, Das *Römische Zivilprozessrecht*[2], Munchen, 1996, p. 597, e nota 20.

(5) Si veda in particolar modo quanto afferma G.G. ARCHI, Indirizzi e problemi, cit., p. 1843, nota 116. Lo studioso sostiene la necessità di seguire questa linea restrittiva, nel rispetto del dato letterale, e nonostante la costituzione sia riportata nel titolo generale dedicato alla *fides* testium et *instrumentorum.*

Poiché questa lettura, seppure autorevolmente sostenuta, non ci sembra del tutto convincente, in questo breve lavoro intendiamo proporre una differente interpretazione.

Prima di tutto osserviamo che, se si considera l'intervento di Graziano come un contributo alla disciplina dell'impositio *fidei,* si viene a determinare un contrasto con le altre costituzioni del titolo De *fide* testium et *instrumento*rum, dedicato alla prova testimoniale e documentale (6).

In esso, infatti, rinveniamo (fra gli altri) un testo dell'imperatore Costanzo relativo alla distribuzione dell'onere probatorio fra accusato ed accusatore all'interno del processo criminale instaurato in seguito all'impugnazione di una *scriptura* come falsa (7), una costituzione dell'imperatore Giuliano attinente al valore probatorio della scrittura (8), nonché un testo dell'imperatore Valentiniano che è dedicato all'*infirmare* aut *probare* scribturam (9). Da queste costituzioni emerge, globalmente, l'idea che la scrittura prodotta in giudizio abbia un valore assoluto, e che l'unico mezzo per contestarne la *fides* sia l'impugnazione della stessa come falsa da parte del soggetto contro cui si vuole utilizzare. Non solo: nella costituzione dell'imperatore Costanzo è evidenziato il fatto che, instaurato il processo di falso, si verifica una suddivisione dell'onere probatorio. Così, mentre l'accusatore deve dimostrare che la scrittura è falsa, l'accusato deve invece sostenerne l'autenticità.

È evidente il contrasto che si crea se si accoglie l'interpretazione vista poco sopra, in base alla quale Graziano avrebbe imposto a chi produce in giudizio una scrittura di provarne la fides, a prescindere da una contestazione proveniente dalla controparte. In letteratura, rilevato tale contrasto, si tenta

---

(6) In generale, su questo titolo del Codice Teodosiano si vedano le considerazioni effettuate da: J. P. Levy, *La formation de la thèorie romaine des preuves,* in *Studi Solazzi,* Napoli, 1948, p. 432, ora in J.P. Levy, *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité,* cit, p. 1 ss.; G.G. Archi, La *prova nel diritto del basso impero,* cit., p. 1855; U. Zilletti, *Studi sulle prove,* cit., p. *167* ss. Archi e Zilletti tendono a svalutare tale titolo, nel confrontarlo con i titoli 4, 20 e 4, 21 del Codice giustinianeo. Osservazioni su questi ultimi si rinvengono anche in U. Zilletti, *Studi sul processo civile giustinianeo,* Milano, 1965, in particolare alle pp. 276 ss.

(7) CTh. 11, 39, 4 (Impp. Constantius et Constans M. Aurelio Mimenio) *Quotiens scribtura aliqua profertur, eaque ab eo adversus quem facere videtur, suspecta dicitur, non solum is qui de ea dubitat, falso conscribtam cogatur ostendere, verum etiam ille, qui eadem utitur, veritate subnixam probare cogatur.* (346).

(8) CTh. 11, 39, 5 Pars Actorum Habitorum aput Imperatorem Iulianum Augustum Mamertino et Nevitta Conss. X kal. April. Constantinopoli in Consistorio: adstante Iovio Viro Clarissimo Quaestore, Anatolio Magistro Officiorum, Felice Comite Sacrarum Largitionum. Et cetera. Imp. Iulianus A. d(ixit): τηνικαῦτα γραμμάτια μεγάλην ἰσχὺν ἔχει, ὅταν περὶ αὐτῶν τῶν γραμματίων μὴ ἀμφισβήτησις ἐξ ἄλλων ὀφείλει βεβαιοῦσθαι. (362).

(9) CTh. 11, 39, 6 (Impp. Valentinianus et Valens AA. Ad Olybrium P.U.) *Cum res agatur ex scripto, aut infirmari scribturam convenit aut probari. Infirmari autem quae potest, nisi falsa doceatur? Falsa porro a quibus aliis demonstranda est, quam ab illis, qui negant ei esse credendum?* (369).

di superarlo sottolineando come il titolo in oggetto sia, strutturalmente, non omogeneo, e come le costituzioni in esso contenute rappresentino degli interventi "occasionali, oltrechè arbitrari" ([10]).

Noi riteniamo, invece, che la costituzione di Graziano possa essere interpretata differentemente, così da fare salva la coerenza del titolo cui appartiene.

2. – Come abbiamo accennato poco sopra, la costituzione viene letta dai moderni come disciplinante il fenomeno dell'*imponere* fidem cui sarebbe tenuta la parte processuale che intenda servirsi della scrittura nel corso di un processo: chi produce una scrittura in giudizio deve preventivamente dimostrarne la veritas, a prescindere dall'esistenza di una contestazione proveniente dalla controparte, pena l'essere considerato suspectae scribturae et falsae reus ([11]).

Questa lettura tiene in particolare considerazione quanto affermato nella Interpretatio che accompagna il testo ([12]):

> Interpretatio. Quicumque scripturam in audientiam protulerit, veritatem eius probare iubeatur: quia hoc in omnibus causis statutum est, ut scripturam prolator adfirmet. Nam si is qui scripturam protulit, eius non adstruxerit veritatem, ut falsitatis reum esse retinendum.

Come si può notare, l'*Interpretatio* asserisce la necessità che sia il prolator di una qualsivoglia scrittura (quicumque scripturam in audientiam *protulerit*) a provarne preventivamente la genuinità.

Noi pensiamo che questa interpretazione, basata sulla lettera dell'*Interpretatio*, non sia appagante.

Infatti, come abbiamo già detto, dalle altre costituzioni raccolte nel medesimo titolo ed attinenti al problema della fides *instrumentorum* si fa largo il principio per cui l'autenticità di un documento prodotto in giudizio può essere oggetto di discussione solo laddove vi sia l'impugnazione di falso per iniziativa della parte contro cui si vuole utilizzare la scrittura.

Non solo. Nel medesimo titolo pare farsi strada anche l'idea secondo cui, una volta incardinato il processo di falso, l'onere della prova debba essere suddiviso fra entrambe le parti processuali: così, mentre il reo (prolator del documento nella causa principale) è tenuto a dimostrare la genuinità della scrittura, l'accusatore deve, al contrario, portare elementi che ne sostengano la falsitas. La pregnanza di questa disciplina è tale da imporre la ricerca di una differente interpretazione del testo in questione che tenti di superare l'asserita, ma improbabile, antinomia.

([10]) Sono parole di U. Zilletti, *Studi sulle prove*, cit., p. *171*.
([11]) Cfr. letteratura riporatata alla nota 4.
([12]) La costituzione di Graziano, infatti, è accolta in Brev. 11,14,3.

Quanto all' *Interpretatio,* pensiamo che non debba avere un peso determinante nella lettura della costituzione. Com'è noto, l'*Interpretatio Theodosiani* non rispecchia in generale il pensiero dei compilatori del Codice Teodosiano, quanto piuttosto il punto di vista dei maestri delle scuole galliche del V sec. d.C.. La dottrina più autorevole, infatti, colloca in questo momento storico la sua redazione. (13)

In particolare, venendo al caso di specie, è stato rilevato in letteratura (14) come l'*Interpretatio* che correda il testo di Graziano riecheggi, nelle parole *hoc in omnibus causis statutum est, ut scripturam prolator adfirmet,* una costituzione più tarda, anch'essa accolta nel Teodosiano come unico testo del titolo *Si certum petatur de chirografis*.

Si tratta di una legge di Onorio, data a Ravenna nel 421 d.C. (15), della quale riportiamo la parte che qui interessa:

> CTh. 2,27,1 *pr.*-1 (IMPPP. HONORIUS, THEODOSIUS, ET CONSTANTIUS AAA. PALLADIO P. P.) Super chirografis mortuorum hanc servari volumus perpetua observatione sententiam, ut, qui inter absentes intra hoc iuge quinquennium, inter praesentes vero biennium iudiciis conpetentibus non publicaverit cautiones nec convenerit debitoris heredes, actione privetur. 1. Hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur: hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator adfirmet; quam tamen adstrui non solum manus conlatione conveniet-quidenim aliud falsarius agit, quam ut similitudinem veritatis imitetur?- sed aliis multiplicibus documentis, ut probet magnae securitatis fuisse, quod siluit. Nam si publicam iudiciorum aditionem amicitiarum forsitan impedivit adfectio, privatam saltim conventionem testis audivit, libertus aut servus agnovit, admonere etiam potuit sub mortis vicinitate languentem. DAT. V KAL. AUG. RAV(ENNA) EUSTATHIO ET AGRICOLA CONSS. (421)

La costituzione di Onorio disciplina il valore probatorio dei chirografi di mutuo, distinguendo fra chirografi emessi da parte di soggetti oramai deceduti e chirografi emessi, al contrario, da persone ancora viventi al momento della domanda giudiziale effettuata dal creditore.

Ebbene, relativamente ai *chirographa mortuorum,* gli imperatori dettano una disciplina assai rigida in base alla quale il creditore che voglia agire giudizialmente sulla base del chirografo deve farlo entro cinque o due anni (a seconda che la conclusione del contratto di mutuo sia awenuta *inter absentes* o *inter praesentes);* inoltre, una volta awiato il processo, egli è tenuto a

---

(13) Sul punto: C.A. CANNATA, I rinvii al ius *nella Interpretatio* al Codice Teodosiano, in *SDHI,* 28, 1962, p. 292 ss.; in particolare si veda p. 294. Recentemente: R. LAMBERTINI, La *codificazione* di *Alarico II*[2], Torino, 1991, p. 52 ss., con ampia rassegna bibliografica.

(14) G.G. ARCHI, Indirizzi e problemi, cit., p. 1843, nota 116.

(15) Cfr. O. SEECK, Regesten, cit., p. 344.

dimostrare preventivamente l'autenticità della scrittura (*manum defuncti probare* iubeatur) servendosi non solo del confronto di scritture (*manus collatio*) ma anche della chiamata in causa di testimoni ([16]).

Ed è proprio in questo specifico ambito che l'imperatore Onorio enuncia quel principio ripreso poi dall'interprete della costituzione di Graziano: hoc *enim* toto *iure* cantatum est, *ut scripturam* prolator *adfirmet* ([17]).

È evidente come l'originario contesto in cui la frase è stata formulata sia assai differente da quello in cui, poi, è stata riutilizzata: Onorio, espressamente, intende disciplinare un settore speciale, per così dire di dettaglio, quale è quello dei *chirographa mortuorum* emessi da soggetti già deceduti al momento della domanda giudiziale.

Sulla base di queste considerazioni, ci pare plausibile affermare che assai probabilmente il principio ricavabile dall'*Interpretatio* del testo di Graziano, ossia che è onere di colui il quale produca in giudizio una qualsivoglia scrittura dimostrarne preventivamente la fides, sia estraneo alla costituzione del 378, perché desunto da un testo più tardo, e disciplinante una ipotesi più specifica, quale è la legge di Onorio del 421 d.C..

Ci sentiamo dunque autorizzati a sostenere che rimangono aperte altre vie interpretative rispetto a quella proposta dagli studiosi più recenti. Cominciamo con il sofferrnarci sulle interpretazioni date alla costituzione dagli antichi interpreti.

([16]) Questo è solo uno dei profili affrontati dalla cancelleria imperiale occidentale. Sono molti gli aspetti di rilievo emergenti dal testo in questione: oltre al valore probatorio del chirografo di mutuo, che costituisce il principale ambito di interesse, il testo si occupa della exceptio non *numeratae* pecuniae e dell'agere ex scripto. Si vedano, sui vari punti toccati dalla costituzione: G.G. ARCHI, Studi sulla stipulatio I. *La* querella non *numeratae* pecuniae, Milano, 1938, p. 29 ss., ora in Scritti di diritto romano, cit, I, p. 543 ss.; ID., Indirizzi e problemi, cit., p. 1841 ss.; ID., Civiliter *vel criminaliter* agere, cit., p. 1655 ss.; ID., La prova nel diritto del basso impero, cit., p. 1876. Si veda inoltre P. SILLI, *CTh.* 2, 27, 1, cit., studio che costituisce una trattazione monografica dedicata al testo di Onorio. L'autore si occupa nuovamente del testo in: Considerazioni *sull'Epistola 7ª* (277) di S. Agostino, recentemente scoperta, in Atti *dell'Accademia Romanistica* Costantiniana, *XI* Convegno Internazionale, Napoli, 1996, p. 525 ss.. Osservazioni sulla costituzione anche in: M. R. CIMMA, De non numerata pecunia, Milano, 1984, in particolare p. 127 ss.; H. TROFIMOFF, La cause dans l'exception et la *querelle* non *numeratae* pecuniae, in ZSS, 116, 1986, p. 338 ss., in particolare p. 371; G. SANTUCCI, *CTh.* 2, 13, 1: la legislazione di Onorio sui crediti fra *il* 421 e *il* 422 d.C., in SDHI, 57, 1991 p. 181 ss, cfr. in particolare p. 191 ss.

([17]) Su questa espressione, definita "altisonante", si vedano le osservazioni di P. SILLI, *CTh. 2,27,1,* cit., p. 418 ss. Lo studioso rileva come le parole dell'imperatore Onorio facciano riferimento ad una tradizione giuridica difficile però da ricostruire, e come il suo intervento sia ispirato al criterio della publica *utilitas*: "..l'imposizione dell'onere della prova, contro le vedute della prassi e la precedente normativa imperiale, al possessore del chirografo, trova giustificazione nella funzione di publica utilitas, — che viene ora sempre più spesso considerata com una delle più importanti finalità del diritto —: publica utilitas all'accertamento della veritas dei fatti ivi descritti, e quindi dell'affidabilità dei documenti".

3. – Vediamo, in primo luogo, Gotofredo. Va detto, preliminarmente, che egli accoglie una lettura differente da quella di Mommsen — che poco sopra abbiamo riportato — nella quale, in luogo dell'espressione verbale prompse-*rint,* vi è *promiserint.*

Gotofredo accusa duramente Triboniano di avere compiuto, quando ha accolto la costituzione nel Codice di Giustiniano, un vero e proprio facinus, interpolandola ed impedendone l'esatta comprensione ([18]): nel pensiero di Gotofredo, infatti, il significato da attribuirsi alla legge di Graziano è assai differente. Secondo l'eminente studioso, la chiave per comprendere il significato dell'intervento legislativo di Graziano sta nelle parole nefarius, comminiscuntur, promiserint: "Tota difficultas, imo totum arcanum versatur in tribus his vocibus, Nefarius, comminiscuntur, et promiserint" ([19]).

Gotofredo si occupa dunque di spiegare il significato di questi termini.

1) Nefarius ([20])

Prima di tutto, egli sottolinea che nella costituzione in oggetto le *nefariae* scripturae non debbono essere confuse con le scripturae falsi suspectae: con il termine *nefariae,* in questa sede, non si vogliono connotare quelle scritture la cui genuinità deve essere accertata affinchè esse possano assolvere la loro finalità probatoria. ([21]).

Le *nefariae* scripturae sono da identificarsi, invece, con le scritture "nefandae, scelestae, nefarias artes continentes, maleficii seu Magiae crimine involutae, et de Principis etiam forte salute consultoriae" ([22]). Gotofredo paragona le suddette scritture alle "secretiores chartae, et

---

([18]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, cit., p. 341: "Et ea tamen hanc ad diem non intelligitur, ac praesertim ob Triboniani facinus, seu interpolationem, qua factum, ut eodem spectare videatur, quo *l.* 4.5.6. *supr*". Gotofredo dunque sottolinea che, tra l'altro, l'errore commesso da Triboniano sta nell'avere attribuito al testo in oggetto il medesimo significato estrapolabile dalle altre costituzioni del titolo relative alla scriptura.

([19]) J. GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, cit., p. 341.

([20]) In generale, sul significato di questo temine, cfr. E. FORCELLINI, *Lexicon* totius Zatinitatis, 111, Padova, 1965 (rist. an.), p. 352.

([21]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, cit., p. 341: "Nefariae igitur scripturae hac lege, non sunt, falsi suspectae...Ecquis enim unquam nefarias scripturas, pro falsis extulit?". Il Commentatore del Teodosiano insiste ulteriormente sull'estraneità del testo rispetto alla disciplina della produzione in giudizio della scrittura con funzione probatoria. Si vedano le parole da lui utilizzate (p. 342): "...non agi *h.l.* de scriptura falsi suspecta: Non agi, de scriptura in iudicio prolata: quod tamen etiam Tribonianus credere nos vult: Non agi de probationibus hinc inde requisitis..."

([22]) J. GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, cit., p. 341.

Rileva questa circostanza anche D. SIMON, *Untersuchungen,* cit., p. 155, alla nota 99.

commonitoria" cui fa riferimento, in alcuni passi della sua opera, Ammiano Marcellino ([23]).

In definitiva, le *scripturae nefariae* di cui ci stiamo occupando, sarebbero scritti "magici", contenenti informazioni relative alla *Principis salus* e per

---

([23]) J. GOTHOFREDUS, *loc. ult. cit.:* "Cuiusmodi sunt secretiores chartae et commonitoria, quae memorat Ammianus Marcellinus libr. 28 cap. I". Pensiamo sia interessante leggere questi brani. Pur non dicendoci Gotofredo quali siano gli esatti luoghi cui si riferisce, pensiamo di avere individuato due brani, nell'opera dello scrittore postclassico, riferentesi alle scritture di cui parla Gotofredo. Ci pare opportuno esaminarli, per meglio capire che cosa intenda il commentatore del Teodosiano.

Vediamo in primo luogo l'episodio di Imezio, proconsole d'Africa, caduto in disgrazia presso l'imperatore Valentiniano in quanto avrebbe invitato l'aruspice Amanzio a celebrare un sacrificio. Condotto in tribunale, negava i fatti che gli venivano addebitati: Amm. Marc. 28, 1, 20-21: Quo infitiante, secretioribus chartis ab eius domo *prolatis, commonitorium repertum* est, *manu scriptum* Hymetii, petentis ut obsecrato *ritu sacrorum sollemnium numine,* erga se *imperatores* delenirentur. *Cuius extima* parte *quaedam invectiva* legebantur in *principem* ut *avarum* et *truculentum.* Haec Valentinianus relatione *iudicum* doctus, asperius *interpretantium facta,* vigore *nimio* in *negotium* iussit inquiri. Et quia Frontinus, consiliarius *ante dicti minister* fuisse conceptae precationis arguebatur, concisus virgis, atque confessus, ablegatus est in *exsilium* ad Britannos, *Amantius* vero, damnatus postea *rerum capitalium* interiit.

Come si può notare, il passo riportato fa riferimento proprio ad alcune secretiores chartae, fra le quali viene ritrovato un *commonitorium,* scritto dallo stesso Imezio, e contenente alcune invettive nei confronti dell'imperatore. Dal brano emerge chiaramente che proprio in forza di questi scritti Imezio e Frontino, suo consigliere, vengono accusati e sottoposti ad indagine.

Leggiamo ora di Lolliano. Amm. Marc. 28, 1, 26: Circa hos dies Lollianus, *primae* lanuginis adulescens, *Lampadi* filius ex praefecto, exploratius causam *Maximino spectante,* convictus *codicem noxiarum artium nondum* per *aetatem firmato* consilio, descripsisse, exsulque *mittendus* (ut sperabatur) patris *impulsu,* provocavit ad *principem,* et iussus ad eius *comitatum* adduci, de fumo (ut aiunt) in *flammam,* traditus Phalangio (Baeticae consulari) cecidit funesti *carnificis manu.* Lolliano, figlio adolescente del prefetto Lampadio, viene condannato-nonostante il suo essersi appellato all'imperatore-in seguito all'accusa di avere copiato un libro di arti magiche.

I due episodi riportati ci aiutano a comprendere meglio che cosa Gotofredo intenda per *scripturae nefariae:* alla luce dei passi esaminati, riteniamo che esse vadano identificate dunque con gli scritti magici, con gli scritti che contengono informazioni pericolose, soprattutto in relazione alla *Principis salus.*

Com'è noto, nel periodo storico di riferimento, effettivamente, si assiste ad un inasprimento della repressione dei fenomeni divinatori, e ad un aumentare dei processi volti a reprimerli.

In particolare modo, le cosiddette consultazioni de salute principis- categoria alla quale farebbero riferimento le scritture oggetto dell'interesse di Graziano- vengono in età postclassica punite a titolo di *crimen maiestatis*. Su questa particolare fattispecie rientrante nella categoria del crimen *maiestatis,* si veda, per tutti: L. DESANTI, Sileat *omnibus* in *perpetuo* divinandi curiositas, Milano, 1990, in particolare pp. 169 ss. Si parla, a questo proposito, di *crimen* maiestatis mediante divinazione. Cfr. inoltre: B. SANTALUCIA, Diritto e processo penale *nell'antica Roma*[2], Milano, 1998, p. 287; sull'interesse di Ammiano Marcellino per questa particolare fattispecie, cfr. M. L. NAVARRA (a cura di), Riferimenti nonnativi e prospettive giuspubblicistiche nelle Res Gestae di *Ammiano* Marcellino, Milano, 1994, p. 86 ss.

questo motivo fonte di responsabilità criminale per quei soggetti che se ne trovano in possesso.

2) *Comminiscuntur* e *promiserint*

Ci par di capire che secondo l'eminente studioso, *comminiscor* e *promitto* stanno ad indicare il comportamento di colui il quale produce in giudizio delle *scribturae nefariae* accusando — sulla base di queste — qualcuno di essersi macchiato di un crimine del genere visto poco sopra.

In particolare modo, *comminiscor* (24) viene letto nel medesimo significato di *iacto,* ossia nel senso di "fare menzione", "sostenere" che le scritture siano *nefariae:* dunque secondo l'interpretazione data da Gotofredo, la frase *qui scribturas nefarias comminiscuntur* starebbe ad indicare l'azione di coloro i quali accusano qualcuno di un crimine portando di fronte al giudice, a sostegno delle proprie accuse, delle *scripturae nefariae* (25).

Spiegato il significato delle tre espressioni, Gotofredo assume che la costituzione di Graziano avrebbe lo scopo di imporre a chi accusa qualcuno di *crimen maleficii* o *magiae* sulla base di *scripturae nefariae,* di dimostrare egli stesso *laveritas* di quanto affermato. Non solo. Gotofredo sostiene, in maniera assai decisa, che unicamente in capo all'accusatore grava tale onere probatorio, il mancato assolvimento del quale conduce inevitabilmente alla sua condanna, quale *suspectae scripturae et falsae reus.* La condanna, tra l'altro, verrebbe emessa senza bisogno di una formale accusa, *ex officio iudicis.* (26).

La *ratio* dell'intervento di Graziano sarebbe da ravvisarsi nella volontà dell'imperatore di porre un freno alla proliferazione di accuse di *crimen maieficii seu magiae,* utilizzate spesso come strumento di lotta politica, e

---

(24) Nel Codice Teodosiano il verbo compare solamente in questa costituzione. Cfr. O. GRADENWITZ, *Heidelberger Index zum Theodosianus,* Berlin, 1929, p. 38. Sul significato del verbo cfr. Thesaurus Linguae Latinae, III, Lipsiae, 1906-1912, 1887; E. FORCELLINI, *Lexicon,* cit., I, p. 710.

(25) È evidente come l'interpretazione di Gotofredo si ponga in contrasto con la lettura dei moderni, la quale si basa sull'interpretazione del verbo *comminiscor* inteso nel senso di "creare", "inventare" degli scritti che vengono poi prodotti dagli stessi soggetti in giudizio. Si vedano, in particolare: C. PHARR, *The Thodosian* Code and Novels and *Sirmondian* Constitutions. A translation with *commentary,* glossay and bibliography, New York, 1969, p. 340; G.G. ARCHI, Indirizzi e problemi del sistema contrattuale, cit., p. 1843. Archi legge la frase qui scripturas *nefarias comminiscuntur* "coloro i quali mettono insieme delle scripturae nefariae".

(26) J. GOTHOFREDUS, Codex Theodosianus, cit., p. 342: "Quare cum haec ita sint, singularia Tria haec ex hac lege observentur. Primo nudam Nefariae scripturae in iudicio iactationem, promissionem, eum qui iactavit seu promisit, probationi adstringere. Secundo, ita adstringere, ut ei soli probandi onus incumbat, neque quidquam adversarius praestare cogatur: cum alias in crimine falsi uterque probare debeat. Tertio, nisi veritatem adstruxerit, ut falsarium esse damnandum, citra ullam legitimam accusationem, mero Iudicis officio".

costituenti un fenomeno di grandi proporzioni soprattutto fino al regno di Valentiniano, padre di Graziano ([27]). Il rendere più difficile il ruolo dell'accusatore, imponendo a lui solo di provare le proprie accuse, rientrerebbe in questo programma politico ([28]). Sarebbero stati i giustinianei a stravolgere il senso della costituzione, ove le *scripturae nefariae* sono divenute *suspectae*. In questa versione la legge imporrebbe a chi nel corso

---

([27]) Sempre nell'opera di Ammiano Marcellino, troviamo la narrazione di episodi che dimostrano la facilità con cui erano proposte accuse criminali. Ci colpisce, in particolare, l'episodio di Barbazione, riferito al regno di Costanzo.Amm.Marc. 18,3, 4: Hocque *indicio ille confisus,* ut erat ad *criminandum* aptissimus, *principi* detulit, atque ex usu, nec mora *ulla* negotio tributa nec quiete, Barbatio *epistulam* suscepisse confessus, et mulier scripsisse documento convicta non levi, *cervicibus* interiere praecisis. Si narra di Barbazione, che comandava la fanteria, il quale fu condannato e decapitato insieme alla moglie sulla base di una lettera, scritta da quest'ultima, in cui ella lo pregava di non sposare l'imperatrice, dopo la sua ascesa al trono in seguito all'imminente morte di Costanzo. Al di là della qualificazione giuridica del crimen di cui si sarebbero macchiati (tradizionalmente il processo contro Barbazione viene inquadrato fra quelli di lesa maestà per divinazione; cfr. M.L. NAVARRA, Riferimenti *normativi,* cit., p. 148 s., con letteratura; dubbi vengono avanzati da: L. DESANTI, Sileat omnibus, cit., p. 171 s.), ci pare interessante il fatto che Ammiano Marcellino sottolinei come fosse stata sufficiente la mera produzione in giudizio di quella lettera perché si giungesse alla loro condanna. Sull'abuso del processo di lesa maestà per divinazione, di cui Ammiano Marcellino ci fornisce una preziosa testimonianza, cfr. A.M. DEMICHELI, I processi di lesa maestà in *Ammiano* Marcellino, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, 20, 1984-1985, p. 95 ss; in particolare si vedano p. 108 e ss.

([28]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, *Codex* Theodosianus, cit., III, p. 341: "Nempe hoc illud tempus est, quo Maleficii &Magiae crimen, & Romae quidem, etiam de Senatoribus quam plurimis, intentatum legimus: avide arreptum ab iis, qui inimicos suos omni perditos opere vellent, summaque acerbitate exercitum quamdiu Valentinianus Gratiani (*huius* legis Auctoris) patris, ad annum usque 376 vixit". L'eminente studioso del Teodosiano evidenzia come fosse frequente, in particolare sotto il regno di Valentiniano, l'intentare accuse a scopo politico. Su questo particolare momento storico si vedano, per tutti: E. STEIN, *Histoire du Bas-Empire* (édition française par J.R. Palanque), I, Amsterdam, 1968, p. 202 ss.; A.H.M. JONES, Il tardo impero romano (trad. it, di E. Petretti), II, Milano, 1974, p. 1836 ss.; recentemente anche: V. MAROTTA, *Il* potere *imperiale* dalla morte di Giuliano *al* crollo *dell'Impero* d'Occidente, in Storia di Roma (diretta da A. Schiavone),3, L'età tardoantica, I., Crisi e trasformazioni, Torino, 1993, p. 551 ss. In questo contributo si segnala l'atteggiamento di Graziano nei confronti della classe senatoria: "...sotto l'influenza del suo maestro di retorica, D. Magno Ausonio, il giovane imperatore ruppe completamente con i principi che avevano ispirato la politica di Valentiniano nei confronti del Senato...le amichevoli relazioni che Ausonio intratteneva personalmente con gli esponenti della più alta aristocrazia senatoria contribuirono a rovesciare attitudini e sentimenti della corte nei riguardi del Senato di Roma". Viene rilevato, tra l'altro, come Graziano abbia concesso alcuni privilegi ai senatori, tra cui la praescriptio fori e il *iudicium quinquevirale* relativamente alle cause capitali instaurate contro di loro. Su questo, cfr. S. GIGLIO, Il tardo Impero d'Occidente e il suo Senato, Napoli, 1990, p. 189 ss.; U. VINCENTI, *La* partecipazione del Senato *all'amministrazione della* giustizia nei secoli 111-VI d.C., Padova, 1992, p. 61 ss.

di un giudizio produce una scrittura di dimostrarne la *veritas,* sotto la minaccia della pena di falso.

4. – Indipendentemente dall'obiettivo perseguito dall'imperatore nel momento in cui ha emanato la costituzione, sul quale possono essere illuminanti le parole di Gotofredo, non bisogna dimenticare che il testo è stato recepito dai compilatori del Teodosiano nel titolo *De fide testium et instrumentorum.* Essi gli hanno pertanto assegnato senz'altro un molo nella disciplina del settore della *fides instrumentorum* (e non *testium,* poiché di testimoni non si parla). Dobbiamo quindi sforzarci di cercare una soddisfacente lettura che vada in tale direzione.

Elementi di grande interesse emergono dalle letture date dagli antichi interpreti alla costituzione di Graziano nella versione giustinianea del titolo *De probationibus.* Ci pare opportuno, prima di tutto, rileggerla:

> C.4,19,24 (IMPPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD ANTONIUM PF. P) Iubemus omnes deinceps qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut nefariae scripturae reos et quasi falsarios esse detinendos. DAT. PRID. ID. IAN. TREV. VALENTE VI ET VALENTINIANO II AA. Coss. (378)

Ci colpisce la prospettiva accolta da Donello (29) e da D. Gotofredo (30). Essi, infatti, seppure con sfumature differenti che cercheremo ora di evidenziare, ci paiono orientati a valorizzare nel testo soprattutto il profilo della impugnazione di falso per iniziativa della parte contro cui il documento è stato prodotto in giudizio.

Donello si sofferma sul significato da attribuirsi all'espressione *scriptura suspecta.*

Interrogandosi a questo proposito, egli afferma che la scrittura assume la qualificazione di *suspecta* quando è qualcuno a sostenerlo: "Suspecta scriptura esse incipit cum dicitur ab aliquo suspecta esse". Questa affermazione ci pare importante, perché rivelatrice dell'orientamento che abbiamo poco sopra indicato.

Più chiaro ci sembra il pensiero espresso da D. Gotofredo.

Egli sostiene, infatti, l'attinenza della costituzione di Graziano al fenomeno del processo criminale di falso (31). Nello sforzo di illustrare il

---

(29) H. DONELLUS, In *Codicem,* Ad tit. XIX Lib. IV Cod. De probationibus, Ad. L. pen. *Jubemus,* in *Commentarii, Pars* Prima, Neapoli, 1762, pp. 219 s.

(30) D. GOTHOFREDUS, *Corpus Iuris* Civilis, II, Lugd. Batavorum, 1663, 115, Codicis Repetitae Praelectionis libri XII, *Liber Quartus,* Tit. *XIX,* De scriptura suspecta.

(31) L'eminente studioso, in primo luogo, ricorda come sia diffusa una interpretazione — la stessa accolta dai moderni — secondo la quale Graziano avrebbe voluto imporre a chi produce nel corso di un giudizio una scrittura di dimostrarne preventivamente la *fides,* sotto la minaccia della pena di falso. Cfr. D. GOTHOFREDUS, loc. ult. cit.

significato da attribuirsi alle parole della cancelleria imperiale, D. Gotofredo propone una lettura assai interessante: "...proferre scripturam aut (ut hic legitur) scripturam suspectam comminisci et promere in judicio, nihil aliud est, quam scripturam adversarii commentitiam, suspectam et falsam accusare" ([32]).

Come si può facilmente notare, secondo D. Gotofredo non c'è dubbio che la costituzione in oggetto sia attinente al processo criminale di falso.

Per D. Gotofredo le parole della cancelleria imperiale hanno come destinatario non colui il quale ha prodotto in giudizio il documento, bensì chi -evidentemente la controparte- lo impugna come falso. E in capo a quest'ultimo che incombe l'onere di provare la falsità della scrittura impugnata; qualora egli non riesca a dimostrarla, rischierà la pena che spetta al falsario.

Ci pare interessante sottolineare una circostanza. Come già per J. Gotofredo, anche per Dionisio il verbo *comminiscor* deve essere letto nel senso di "accusare", e quindi, nello specifico contesto, di impugnare come falsa la scrittura che è stata prodotta in giudizio. Egli, infatti, commentando la locuzione qui suspectas *scripturas comminiscuntur,* afferma: "id est, qui aiunt falsam scripturam productam" ([33]).

In definitiva, la regola che D. Gotofredo pare trarre dal testo di Graziano è la seguente: coloro i quali accusano di falso una scrittura, impugnandola, debbono provare la verità delle proprie accuse, ossia che la suddetta scrittura è falsa; chi non riesce in questa prova, è da punirsi come se fosse egli stesso un falsario.

Ebbene, riteniamo che questa lettura del testo (volta a sottolineare che esso non si riferisce al *prolator* bensì a colui contro il quale la scrittura è prodotta e la necessità dell'impugnare la scrittura come falsa), sia da preferirsi a quella, diffusa fra i moderni, secondo la quale la costituzione di Graziano vorrebbe invece costituire un contributo alla disciplina dell'*imponere fidem.*

A Cuiacio dobbiamo una lettura ancora più soddisfacente ([34]).

Egli sembra accogliere l'idea che il testo in questione abbia come scopo quello di disciplinare l'impugnazione criminale di falso, proposta dalla parte contro cui la scrittura è stata prodotta in giudizio. E fin qui siamo in presenza della medesima idea proposta da D. Gotofredo.

([32]) D. GOTHOFREDUS, loc. *ult.* cit., nota 60.

([33]) D. GOTHOFREDUS, *loc ult. cit.,* nota 61.

([34]) Cuiacio ha preso in considerazione il testo di Graziano in più punti della sua opera: J. CUJACIUS, In lib. IV Codicis Recitationes *Solemnes,* Ad Tit. *XIX* De *probationibus,* Ad L. pen. et *ult.,* in Opera, IX, Par. Fabrot. edit. (Prati 1839), 407; ID., Recitationes in *lib. IV priores* Codicis *Iustiniani,* Ad Lib. IV Codicis *Recitationes Solemnes,* Ad Tit. *XIX* De probationibus, in Opera, cit., IX, 2489.

Ciò che del pensiero di Cuiacio colpisce maggiormente, è il fatto che egli legge la costituzione in un modo parzialmente differente da quanto visto finora.

Vediamo: "..qui suspecta instrumenta in judicio profert, vera ea esse probet, non adsimulata, alioqui falsi tenebitur, et quasi falsarius condemnabitur. Sed probatio etiam ab eo exigetur, qui falsa ea esse dicet: utraque igitur ex parte exigitur probatio, quod nominatim traditur in 2.4 C. *Theodos.* De fide *instrument,* quod in aliis etiam criminibus obtinet" ([35]).

Cuiacio sostiene che ci debba essere qualcuno che impugni come falsa la scrittura che è stata prodotta in giudizio. Non solo. Una volta avvenuta l'impugnazione, entrambe le parti vengono coinvolte nella distribuzione dell'onere probatorio. Infatti, se da un lato chi ha prodotto in giudizio la scrittura è tenuto a dimostrare che essa è vera, colui il quale la impugna deve, al contrario, portare prova della sua falsità ([36]).

5. – Pensiamo che, fra quelle esaminate, l'opinione di Cuiacio relativa al testo di Graziano del **378** d.C., sia la più convincente.

Ma sarebbe facile obiettare che tale opinione si basa sulla versione giustinianea del testo di Graziano. Ciò è vero, ma c'è un valido indizio per supporre che Cuiacio ritenesse non esserci alcuna differenza sostanziale tra

---

Alcune considerazioni sul testo in questione si rinvengono anche in J. CUJACIUS, Notae in *Codicem* Iustiniani, Ad Zibrum *quartum,* De probationibus tit. *XIX,* L. 24 *Iubemus,* in Opera, cit., VIII, 1429. Qui Cuiacio ricorda come la costituzione in oggetto sia da unirsi a C. 9, 31, 1 = C. 9,20,1; ed afferma: "Utraque constit, pertinet ad crimen falsi".

([35]) J. CUJACIUS, In Zib. *IV,* cit., IX, 407; la medesima idea viene espressa anche in: ID., Recitationes in lib. *IV priores,* cit., 2489: "...si scriptura, quae profertur in judicium, suspecta dicatur ab eo adversus quem facere dicatur is, qui ea utitur, veram eam esse probare debet, alioquin tenetur falsi crimine: et ut eleganter ait *l.* pen. *Tanquam* reus *nefariae scripturae*: quicquid enim falsum, id et nefarium est, sed addamus ad *d.l.* pen. ex *l.* 4 C. Theod. De fide testium, etiam eum, qui dubitat, quique in dubium revocat scripturam, debere docere pro sua parte eam esse falsam: sic fiet ut utraque pars impleat intentionis suae probationes".

([36]) L'Umanista, nel proporre questa interpretazione, collega sistematicamente il testo di Graziano con la costituzione di Costanzo riportata in CTh. 11, 39, 4 e da noi vista poco sopra: si ricorderà come tale testo si occupi della distribuzione dell'onere della prova fra accusatore e accusato nel processo di falso, nel rispetto del noto principio affermato da Costantino già nel 320 d.C (cfr. CTh. 9,19,2). Ci pare, però, che Cuiacio tragga il principio della suddivisione dell'onere probatorio anche dal testo di Graziano di per se stesso considerato, a prescindere dal suo rapporto con quello di Costanzo. Egli, infatti, afferma: "utraque igitur ex parte exigitur probatio, quod nominatim traditur in Z 4 C. Theod De *fide instrument.",* sottolineando, con l'utlizzo dell'awerbio nominatim, come il suddetto principio si trovi chiaramente esplicitato nel testo di Costanzo. Da ciò ci pare possibile concludere che egli considera la regola comunque sottointesa nel testo di Graziano.

la versione giustinianea e quella teodosiana della costituzione. Forse giova al lettore confrontare, anzitutto, i due testi:

> CTh. 11,39,7 (IMPPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD ANTONIUM PF.P.) Post alia. Iubemus omnes deinceps, qui scribturas nefarias comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut suspectae scribturae et falsae reos esse detinendos. DAT. PRID. ID. IAN. TREV. VALENTE VI. ET VALENTINIANO II. M. Coss. (378)

> C. 4,19,24 (IMPPP. VALENS, GRATIANUS ET VALENTINIANUS AAA. AD ANTONIUM PF. P) Iubemus omnes deinceps qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, ut nefariae scripturae reos et quasi falsarios esse detinendos. DAT. PRID. ID. IAN. TREV. VALENTE VI ET VALENTINIANO II AA. Coss. (378)

Dicevamo sopra che Cuiacio, verosimilmente, riteneva non esservi alcuna differenza fra le due versioni. Infatti l'illustre studioso, a riprova della sua interpretazione — condotta sulla versione giustinianea del testo — richiama la costituzione di Costanzo, vista sopra, sulla distribuzione dell'onere probatorio fra accusatore ed accusato nel processo di falso. Orbene, questa costituzione è presente solo nel Codice Teodosiano e nello stesso titolo cui appartiene il testo di Graziano in discorso. Cuiacio non poteva non avere presente anche la versione teodosiana di questo testo.

Se dunque accogliamo la lettura di Cuiacio, secondo cui Graziano avrebbe disciplinato l'impugnazione di falso della scrittura, imponendo la suddivisione dell'onere probatorio fra accusatore ed accusato, la costituzione in oggetto si pone perfettamente in linea con le altre raccolte nel titolo *De fide testium et instrumentorum.*

Nello stesso tempo, una siffatta interpretazione conduce alla possibilità di rivedere, globalmente, il giudizio sin qui formulato dagli studiosi relativamente a questo titolo.

Esso sembrerebbe, al contrario di quanto sostenuto da alcuni, caratterizzato non dalla arbitrarietà e dalla disorganizzazione, bensì da una certa omogeneità ed interna coerenza. Dalle costituzioni imperiali qui contenute, infatti, emergerebbe il principio per cui la scrittura ha un valore probatorio assoluto sino all'impugnazione di falso.

ABSTRACT

CTh. 11,39,7 by Gratianus is currently considered as dealing with *impositio* fidei. However, reading ancient authors' pages it is possible to say this constitution establishes that the only way to discuss fides *scripturae* is to contest it with the *accusatio falsi*; after that, while the accusator has to demonstrate the falsitas, the reus

must show the veritas scripturae, according to other constitutions of the same Theodosianus' title, De fide testium et instrumentorum.

Principal texts: CTh. 11, 39, 7 (= C. 4, 19, 24); Int. ad CTh. 11, 39, 7; CTh. 2, 27, 1.

CTh. 11,39,7, costituzione emanata da Graziano, è attualmente considerata come disciplinante l'impositio *fidei*. Al contrario, leggendo le pagine degli antichi interpreti è possibile affermare che essa stabilisce che l'unico modo per discutere della fides scripturae è l'impugnazione tramite accusa di falso; all'interno del processo di falso, mentre l'accusator è tenuto a provare la *falsitas,* il reus deve provare l'autenticità della scrittura, in accordo con quanto stabilito da altre costituzioni contenute nel medesimo titolo del Teodosiano, De *fide* testium et instrumentorurn.

Testi principali: CTh. 11, 39, 7 (= C. 4, 19, 24); Int. ad CTh. 11, 39, 7, CTh. 2, 27, 1.

NOTIZIARIO

Il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA, nell'anno accademico 1999/2000, ha promosso numerosi incontri ed iniziative culturali.

Nell'ambito del Dottorato di ricerca in DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO, XII ciclo, l'attività seminariale svolta ha visto la partecipazione dei professori: A. Watson, dell'University of Georgia, School of law; L. Garofolo, dell'Università di Padova; L. Desanti, dell'Università di Ferrara, che hanno trattato, rispettivamente, di *Roman Law: then and now; Prospettive storico-comparatistiche in tema di azione redibitoria; La sostituzione fedecommissaria dal diritto romano al codice del '42.*

L'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile ha promosso un incontro di studio su *Il processo tributario.* Relatori: prof. V. Caianiello, dell'Università Luiss di Roma, La *disciplina del processo tributario nel quadro della teoria generale del processo;* prof. C. Glendi, dell'Università di Parrna, *Rapporti tra la nuova disciplina del processo tributario e il codice di procedura civile;* prof. P. Russo, dell'Università di Firenze, *Problemi di prova nel processo tributario;* prof. C. Consolo, dell'Università di Padova, *Oggetto del giudizio e limiti del giudicato tributario.*

Nel corso di Diritto Fallimentare è stata tenuta una conferenza-seminario dalla prof.ssa E. Bertaccini, dell'Università di Brescia, dal titolo *Crisi dell'impresa e stato d'insolvenza. Prospettive di riforma e profili comparatistici.* Nell'ambito della stessa materia l'aw. M. Valignani, Amministratore Delegato della Società per la gestione di attività — S.G.A., ha tenuto un seminario su Le *crisi bancarie.*

Il corso di Diritto Civile I, tenuto dalla prof.ssa M. V. De Giorgi su *Famiglia e diritto,* ha organizzato un incontro, introdotto dall'aw. E. Molinari, del Centro Donna Giustizia, sul tema *Il diritto di famiglia fra norme e realtà;* relatrici sono state l'aw. M. G. Caravelli e l'aw. R. Reali. I1 prof. C. Ventimiglia, docente presso l'università degli Studi di Parma, nell'ambito della stessa materia, ha tenuto una relazione su *Interrogarsi come genere: perché la violenza maschile?*

Nel corso di Storia del Diritto Italiano ha avuto luogo un incontro con i professori A. Fineschi e P. Cappellini, dell'università di Firenze, che hanno trattato del tema *Persona, efficienza e mercato: una prospettiva economica e storico giuridica.*

Nell'ambito dell'insegnamento di Diritto Penale il prof. F.C. Palazzo, dell'Università di Firenze, ha condotto una conferenza dal titolo *Verso un nuovo codice penale?*

Il Consigliere dott. D. Carcano, Vice Direttore generale degli Affari penali del Ministero di Grazia e Giustizia, ha tenuto, nel Dottorato di ricerca in PROCEDURA PENALE, una lezione su Il nuovo procedimento di fronte al Tribunale monocratico e le sue ricadute sul sistema processuale penale. Nello stesso corso la dott.ssa C. Cesari, dell'università di Macerata, ha parlato dell'*Utilizzabilità dibattimentale* degli atti d'indagine ed *irripetibilità* sopravvenuta, mentre il prof. R. Kostoris, dell'università di Padova, ha presieduto un incontro-dibattito su *L'attuazione* legislativa del giusto processo.

L'Università degli Studi di Ferrara e l'Associazione degli Studiosi del Processo Penale hanno organizzato tre giornate di studio in memoria del prof. Vincenzo Cavallari. Titolo del Convegno è stato IL *CONTRADDITTORIO* FRA COSTITUZIONE E LEGGE ORDINARIA; i lavori sono stati introdotti, presenti le autorità locali, dal prof. A. A. Dalia; sono seguite una commemorazione del prof. V. Cavallari, da parte del prof. G. Conso, Presidente emerito della Corte Costituzionale, e le relazioni dei professori R. Orlandi, dell'università di Ferrara; D. Siracusano, dell'università di Roma "La Sapienza"; M. Chiavario, dell'università di Torino; G. Pansini, dell'università di Urbino; P. Tonini, dell'università di Firenze; N. Galantini, dell'università di Milano-Bicocca. I lavori si sono conclusi con una Tavola Rotonda presieduta dal prof. A. Molari.

Per il corso di Filosofia del Diritto sono da segnalarsi una lezione del prof. L. M. Friedman, dell'università di Stanford, su The *Development* of *Modern Legal* Culture e un seminario del prof. R. Vazquez, dell'Istituto Tecnologico Autonomo di Città del Messico, attorno a Suicidio assistito ed eutanasia. Il prof. G. Battaglini, professore emerito di Diritto Internazionale, ha tenuto nell'ambito dello stesso corso alcune lezioni in cui ha trattato di Società *internazionale* e diritti umani.

In occasione della Laurea *honoris* causa in Giurisprudenza ad Aris Accornero, unitamente alla Camera del Lavoro di Ferrara e alla CGIL Emilia Romagna, il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha organizzato un incontro su Il lavoro che cambia e la *storicità* dei diritti.

L'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale ha tenuto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche del nostro Ateneo il XIII Congresso su IL DIRITTO DEL LAVORO ALLA SVOLTA DEL SECOLO; fra i relatori hanno parlato: il prof. L. Mengoni, dell'università Cattolica Sacro Cuore, su Il contratto individuale di lavoro; il prof. M. Persiani, dell'Università di Roma "La Sapienza", su *La* previdenza pubblica e privata; il prof. U. Romagnoli, dell'Università di Bologna, su Il contratto collettivo; il prof. T. Treu, dell'Università Cattolica Sacro Cuore, su Il conflitto.

In chiusura del corso di Diritto del Lavoro Lord Wedderburn of Charlton, QC FBA, Professor Emeritus London School of Economics, ha parlato di *Il diritto del lavoro britannico: recenti evoluzioni e prospettive.*

Nel corso dell'a.a., fra le attività promosse dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, va ricordato il III Seminario annuale di studi dedicato a Lina Bigliazzi Geri su IL DANNO BIOLOGICO DALLE CORTI AL LEGISLATORE. All'introduzione, fatta dai professori G. G. Balandi e M. V. De Giorgi, sono seguite la relazione su *Il danno alla persona nella r.c. auto (il d.1.28 marzo* 2000, *n.* 70); gli interventi dei professori C. M. Bianca, M. Franzoni, P. G. Monateri, E. Navarretta, G. Visintini; la relazione su *Il danno biologico tra r.c. auto e infortuni sul lavoro (il d.lgs.23 febbraio* 2000, *n.38),* a chiusura della quale sono intervenuti i professori G. Cian, P. Cendon, A. Avio, D. Poletti, P. Ziviz. Il dibattito è stato chiuso dal prof. F. D.Busnelli.

Il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha organizzato un ciclo di conferenze sul tema *Aspetti giuridici della globalizzazione.* Esse hanno visto la partecipazione del prof. R. Ceccon, dell'università di Trento, che ha parlato di *Diritto degli affari e dellarbitrato internazionale;* del prof. *E.* Marzaduri, dell'università di Pisa, che ha affrontato il tema *Verso una procedura penale europea;* del prof. *A.* Di Pietro, dell'università di Bologna, che si è occupato di *Smaterializzazione delle ricchezze e crisi della fiscalità italiana;* del prof. *E.* Cannizzaro, dell'università di Macerata, che ha discusso su *Ingerenze umanitarie.*

Proseguendo nell'iniziativa dei seminari "preventivi" rispetto ad importanti pronunce della Corte costituzionale, il gruppo costituzionalistico composto dai professori R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, afferenti all'insegnamento di Diritto Costituzionale, ha promosso un seminario su *Il caso Previti. Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte.*

Nell'arnbito delle attività dell'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, dirette dal prof. F. E. Adami, si sono svolte lezioni, incontri e conferenze a cui hanno partecipato docenti dell'università di Ferrara e di altre università italiane, nonchè magistrati del Tribunale di Ferrara, tra cui il Presidente del tribunale stesso, dott. M. Mazziotti di Celso.

Al fine di promuovere una collaborazione fra Dipartimento di Scienze Giuridiche e Ufficio del Giudice di Pace di Ferrara, la dott.ssa W. Formigoni, dell'Università degli Studi di Ferrara, Giudice Onorario del Tribunale di Ferrara, ha tenuto un seminario sul tema: *Il procedimento di opposizione a sanzioni amministrative pecuniarie nella disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689, modificata dal decreto legislativo* 30 *dicembre* 1999, *n.* 507.

Il CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA ha promosso il 14° ciclo dei *CORSI DI PERFEZIONAMENTO NEL DIRITTO TEDESCO E NELLA DISCIPLINA DEGLI SCAMBI COMMERCIALI FRA ITALIA E GERMANIA.* In tale ambito si sono svolte lezioni sui seguenti temi: *Il nuovo diritto internazionale privato tedesco nel settore dei rapporti obbligatori extracontrattuali e dei diritti reali* e *La tutela della personalità nel nuovo diritto internazionale privato tedesco dei rapporti obbligatori extracontrattuali,* prof. dr. *H.* Jurgen Sonnenberger dell'università di Munchen; La *rifoma del diritto internazionale privato relativa alle obbligazioni extracontrattuali ed ai diritti reali, con spunti di diritto comunitario,* prof. *dr.* dr. h.c. E. Jayme, dell'Institut für Auslandisches und Internationales Privat, und Wirtschaftsrecht, Heidelberg; Le *impugnazioni penali nei Paesi dell'Unione Europea. Illustrazione di una ricerca empirica,* dr. J. Kinzig, del Max-Planck Institut für Strafrecht, Freiburg; *Problemi attuali della compravendita di beni mobili nella Convenzione di Vienna,* a w. *W.* Vogl dell'Università di München; ***Le** garanzie reali nel diritto tedesco vigente,* prof. dr. h.c. F. Sturm, Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee Lausanne; Le *successioni nel diritto tedesco,* prof. dr. H. W. Strätz, dell'Università di Kostanz; *L'arricchimento ingiustificato nel diritto tedesco,* prof. dr. *P.* Hommelhof, dell'Institut für Deutsches und Europaisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg.

Va anche segnalato, a complemento delle attività promosse dal CENTRO, il corso sulla *Introduzione alla teminologia giuridica nel diritto internazionale privato tedesco,* tenuto dal lettore di lingua tedesca dr. F. Kienle, dell'Università di Heidelberg.

Nell'ambito dell'attività svolta dal CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE, in collaborazione con il Dipartimento di Economia — Istituzioni e Territorio, si segnala il ciclo di lezioni curate dal dott. M. Di Pace, su la *Base giuridica della politica economica comunitaria; La politica economica per l'U.E.M.; La politica monetaria; La politica di coesione economica e sociale; La politica per l'occupazione; La politica sociale.* Si segnala, altresì, la Tavola rotonda su La *tutela della concorrenza fra competenze nazionali e comunitarie,* in cui sono intervenuti il prof. L. Costato, dell'Università di Ferrara, il dott. S. Benini, già Commissione Europea, il dott. F. Biagi, della Facoltà di Economia dell'Università di Ferrara.

Il MODULO EUROPEO SULLA INTEGRAZIONE EUROPEA ha promosso un corso, organizzato e tenuto dal dr. G. Donà, Capo Divisione On. al Segretariato Generale della Commissione C.E. Dopo un'introduzione su *Gli studenti universitari e l'Unione Europea: vincoli e opportunità; realizzazioni e prospettive,* il programma si è articolato su più temi: *Storia ed evoluzione delle Comunità. I trattati istitutivi; Le istituzioni dell'Unione europea, in particolare della Comunità europea (C.E.); Comunità europea : originalità rispetto alle*

organizzazioni internazionali di tipo classico; Il Programma di lavoro per il 2000; Il Grande Mercato Unico senza frontiere: principi. Libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali; Stato di attuazione e funzionamento del "Mercato Unico senza frontiere': La concorrenza e gli aiuti di Stato nella C.E.; I fondi comunitari per lo sviluppo economico e sociale; Le professioni liberali nella Comunità Europea; L'Unione Economica e Monetaria (U.E.M.) (Trattato di Maastricht); Unione monetaria: la moneta unica, euro, istituita dal 01.01.1999 tra undici Stati europei; significato e conseguenze; condizioni e procedure per la creazione della moneta unica; Patto di stabilità; Rapporti tra gli 11 Stati Euro e i 4 Stati Pre-In (Gran Bretagna, Danimarca, Svezia e Grecia); Il Sistema Monetario Europeo n. 2 (SME 2); Banca Centrale Europea (BCE): composizione, caratteristiche, rapporti con le Banche Centrali nazionali, rapporti con le altre Istituzioni comunitarie; Unione Economica: disposizioni previste dal Trattato sull'Unione Europea, armonizzazione fiscale; Armonizzazione delle legislazioni in materia di lavoro; La gestione dell'economia comunitaria: Commissione, Consiglio, Parlamento europeo, Banca Centrale Europea e Stati membri. Altre lezioni, inoltre, hanno avuto quale oggetto la Politica Commerciale Comune; Il Trattato di Amsterdam (ottobre 1997); Dalle Comunità Europee all'Unione Europea; Prossima tappa: Conferenza Intergovernativa CIG 2000 per un nuovo Trattato (riforme istituzionali, nuovo allargamento); Ruolo degli operatori economici e dei professionisti nei quadro dell'Unione Europea.

Presso le aule del Dipartimento di Scienze Giuridiche si sono tenuti, nel corso dell'anno, numerosi concerti ed incontri musicali, aperti a tutti gli studenti e docenti della Facoltà.

Per favorire anche un'occasione di approccio teatrale su testi che riguardino il tema della giustizia, nell'ambito dell'iniziativa, coordinata dal prof.G. Grippo, si sono, inoltre, tenute da parte del dott. E. Montagna Lezioni di tecniche di comunicazione della persuasione.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. *199912000, vi sono stati 38 studenti in uscita e 29 in entrata.*

(WANDA FORMIGONI CANDINI)

INDICE

GIOVANNI BATTAGLINI: *Diritti umani autotutela e interventi amati* pag. 1
Lurea honoris causa . . . . . pag. 23
ARRIGO D. MANFREDINI: *Responsabilità collettiva e* damnum in turba datum . . . . . pag. 51
ALESSANDRO BERNARDI: I *principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie* . . . . . pag. 59
ALESSANDRO BERNARDI: I *reati di competenza del giudice di pace* pag. 145
ISABEL TRUJILLO PÉREZ: *Ragioni, diritti e giustizia (non solo) procedurale* . . . . . pag. 183
GIOVANNI TUZET: *Considerazioni sull'opera di R. Rorty* . . . . . pag. 209
SILVIA SCHIAVO: *Graziano, le* scripturae nefariae *ed il* crimen falsi pag. 263
Notiziario . . . . . pag. 279