

FRANCO EDOARDO ADAMI

COMMISTIONE DI PRINCIPI CANONISTICI E CIVILISTICI IN UN *CONSILIUM* CINQUECENTESCO RELATIVO ALL'ELEZIONE DEL *RECTOR* *IURISTARUM* NELLO STUDIO DI FERRARA.

SOMMARIO. 1. La fattispecie concreta presa in esame da Bernardino Bombini. — 2. Il principio maggioritario nell'insegnamento della dottrina civilistica e la *fictio iuris* per cui si considerava voluto da tutti ciò che era deliberato dalla ' *maior pars* '. — 3. Ipotesi (eccezionali) in cui le delibere collegiali richiedevano l'unanimità dei consensi. — 4. In particolare: il principio " *quod omnes tangit* " e la sua applicazione in tema di *universitates* . — 5. La contrapposizione canonistica tra " *pars maior* " e " *pars sanior* " specie in ambito di elezioni. — 6. (*segue*) e la sua controversa applicabilità ai *collegia* laici. La tesi sostenuta dal Bombini.

1. — Tra i *Consilia* che il giureconsulto cosentino Bernardino Bombini⁽¹⁾ diede alle stampe a Roma nel 1550⁽²⁾ ve ne è uno, steso a Ferrara l'8 dicembre 1547, relativo ad una controversia insorta nell'ambito dell' *Universitas iuristarum* di quello *Studium Generale* , avente ad oggetto l'elezione del Rettore.

(1) Sulla vita e sulle opere di Bernardino Bombini v. CRAVERI, voce *Bombini (Bombino), Bernardino* , in *Dizionario biografico degli Italiani* , vol. XI, Roma (Istituto dell'Enciclopedia italiana) 1969, p. 383 e, più di recente, il nostro *Rettori citramontani ed ultramontani dello Studium ferrarese in un Consilium di Bernardino Bombini* , in " *Atti dell'Accademia delle Scienze di Ferrara* ", vol. LXXIX (2001-2002), p. 120 sgg.

(2) BOMBINI, *Consilia* , Romae: apud Antonium Bladum, 1550 in cui sono riuniti quaranta consulti, dei quali i primi 17, scritti tra il marzo 1546 ed il giugno 1548, sono datati a Ferrara, mentre i successivi risultano compilati a Roma tra il febbraio ed il settembre o l'ottobre del 1549. Quest'opera, rivista ed arricchita da altri 49 *Consilia* (redatti tra l'aprile 1550 ed il gennaio 1573) nonché da sei brevi *Quaestiones (dubia)* e da un altrettanto minuscolo trattatello (*brevis tractatus*) " *De legum doctoris dignitate* ", ha avuto una seconda edizione — curata dell'A., ma il cui indice è stato redatto dal giureconsulto mantovano Leonardo Lege — recante per titolo *Consilia, quaestiones atque conclusiones...ad diversas causas, atque frequentiores, quae in foro versantur, materias edita* , Venetiis: apud Franciscum Franciscum, 1574. Nel prosieguo del lavoro le citazioni faranno riferimento a questa seconda edizione.

Una disposizione statutaria – risalente, molto probabilmente, all’inizio del XVI secolo e che ci è pervenuta unicamente grazie al suo inserimento nel parere di cui ci stiamo occupando⁽³⁾ – stabiliva «*quod uno anno eligatur in rectorem scholaris ultramontanus, alio vero anno citramontanus*», con la precisazione che «*si pro illo anno, quo electio devolvitur in ultramontano, non reperitur ultramontanus, tunc provideatur de citramontano*». Era previsto, al contempo, che «*similiter ubi electio est facienda ex citramontanis, nullo citramontano reperto, tunc provideatur de ultramontano, qui in rectorem eligatur*»⁽⁴⁾. Per una serie di ragioni, legate molto probabilmente a motivi di ordine economico, era piuttosto raro che degli scolari delle *Nationes* ultramontane fossero disponibili ad assumere l’onerosa carica di rettore⁽⁵⁾,

(³) Per lungo tempo si era ritenuto che gli *statuta* dell’*Universitas iuristarum* ferrarese fossero irrimediabilmente perduti: se ne conosceva – infatti – unicamente il *Proemio*, pubblicato alla fine del XVIII secolo dal TIRABOSCHI, *Storia della letteratura italiana*, Venezia 1795, vol. VI, parte I, p. 87 sg. in nota. Fu solo nel 1894 che il Secco Suardo rintracciò nell’Archivio Estense di Modena alcune *Rubriche*, otto in tutto e di cui l’ultima contiene unicamente l’approvazione marchionale delle precedenti, da lui pubblicate in appendice al suo volume sulla storia dell’Ateneo estense: cfr. SECCO SUARDO, *Lo Studio di Ferrara a tutto il secolo XV*, in *Atti della Deputazione Provinciale di Storia patria*, vol. VI, Ferrara, 1894, pp. 213-223. Più di recente è apparsa una nuova e molto più accurata edizione degli stessi, condotta – anch’essa – sul testo originale conservato in ARCHIVIO DI STATO DI MODENA, *Cancellaria marchionale, Leggi e decreti*, Serie B, reg. VI (*Leonelli et Borsii decreta 1447 ad 1456*), cc. 5r-8r: cfr. CAPUTO, *Gli statuti di Leonello d’Este per gli scolari giuristi (a. 1447)*, in *Atti dell’Accademia delle Scienze di Ferrara*, voll. 68-69, Ferrara 1993, pp. 109-117. Per una (ipotetica) datazione all’anno 1500 o 1501 dello *statutum* pervenutoci ad opera del Bombini v. ADAMI, *Op. cit.*, p. 133.

(⁴) Per comodità del lettore riportiamo integralmente il testo statutario quale si rinviene in BOMBINI, *Op. cit.*, p. 82 sg.: «Statuentes etiam quod uno anno eligatur in rectorem scholaris Ultramontanus, alio vero anno Citramontanus, dummodo non sit de illa natione, de qua ipse rector antiquus sit; et si pro illo anno, quo electio devolvitur in Ultramontano, non reperitur Ultramontanus, tunc provideatur de Citramontano, non autem de eadem natione de qua rector antiquus sit. Et similiter ubi electio est facienda ex Citramontanis, nullo Citramontano reperto, tunc provideatur de Ultramontano, qui in rectorem eligatur, dummodo non sit ex eadem natione, de qua ipse rector antiquus [*rectius*: antiquus]. Quod si de natione vel nationibus, quibus debebatur rectoratus, non fuerit repertus aliquis idoneus et sufficiens, qui acceptet, tunc de toto corpore universitatis ipsius possit rector ipse eligi, nec per hoc desinat annus ille fuisse nationis vel nationum cui vel quibus rector debebatur. In sequentibus tantum [*rectius*: tamen] annis, per id non præiudicetur eisdem. Item non præiudicetur etiam per id, nationi vel nationibus de qua vel quibus tunc fuit in subsidium rector assumptus, quo minus de illis anno sequenti, si electio ad eam vel eas legitime devolvi coniungat [*rectius*: contingat], rector esse possit, proinde ac si tunc de natione, vel nationibus cui vel quibus debebatur, fuisset electus».

(⁵) Non ostante gli emolumenti ed i privilegi anche di natura fiscale goduti dal Rettore, l’assunzione della carica comportava oneri economici molto gravosi, che non tutti gli studenti erano in grado di sopportare: di qui, dunque, la renitenza ad accettarla. Sul punto, per tutti, VISCONTI, *La storia dell’Università di Ferrara (1391-1950)*, Bologna (Zanichelli), 1950, p. 40.

per cui anche negli anni ad essi riservati era giocoforza eleggere “*in subsidium*” uno scolaro italiano (citramontano), senza che per questo – come precisava nel suo prosieguo la medesima disposizione – «*desinat annus ille fuisse nationis vel nationum cui vel quibus rector debebatur*». Lo stesso principio, com’è logico, valeva anche «*nationi vel nationibus de qua vel quibus tunc fuit in subsidium rector assumptus, quo minus de illis anno sequenti, si electio ad eam vel eas legitime devolvi contingat, rector esse possit, proinde ac si tunc de natione, vel nationibus cui vel quibus debebatur, fuisset electus*».

A ben guardare, la ragione remota del contendere, si fondava su di un presupposto di mero fatto: il problema – per verità, di tutt’altro che semplice soluzione – se, per l’anno 1547, il Rettore dei Giuristi dovesse essere scelto tra gli scolari stranieri (ultramontani), oppure tra quelli italiani (citramontani). Nell’anno precedente – infatti – era stato eletto uno scolaro di Lodi, appartenente alla Nazione lombarda, ma questo fatto poteva essere spiegato tanto ammettendo che il 1546 fosse l’anno statutariamente destinato ai Citramontani, quanto riconoscendo che il rettore italiano fosse da considerarsi eletto “*in subsidium*”, per mancanza di candidati ultramontani. Probabilmente dopo quasi trent’anni che non vi erano più stati Rettori appartenenti ad una delle *Nationes* transalpine non era agevole stabilire quale fosse l’anno destinato agli uni o agli altri ⁽⁶⁾. Sta di fatto che la grande maggioranza degli

(6) La ragione dell’incertezza è bene spiegata dal BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 37, pag. 90, il quale sintetizzando la discussione orale della causa tenutasi avanti al Consiglio ducale, riporta le argomentazioni *hinc et inde* allegate. La parte avversaria, infatti, fondandosi sulla circostanza, rilevabile «per matriculam», che «in anno 1518 fuit rector unus Hispanus», sosteneva che «computando usque ad annum 1547, iste annus erat Citramontani». All’opposto, egli riteneva possibile dimostrare «per protocollum notarii collegii ipsius Studii et per matriculam» nonché attraverso testimoni degni di fede, «quod in anno 1509 fuit quidam rector Anglicus, unde bene numerando et computando, praesens annus 1547 erat Citramontani [*rectius*: Ultramontani]». Non bisognava trascurare, tuttavia, come sostenevano i patroni di Gian Simone Sozo, «quod ille anglicus fuit in subsidium», il che risultava «ex matricula, eo quia studium incoepit ab anno 1501, in quo anno fuit rector Citramontanus, unde bene computando ille Anglicus fuit in subsidium Citramontani». A siffatto argomento, d’altro canto, il Bombini riteneva di poter replicare, «quod ille Citramontanus, qui fuit a principio Studii, et sic in anno 1501, fuit in subsidium Ultramontani, eo quia ad Ultramontanos spectabat incipere, ut essent rectores». A suo avviso, punto fermo della questione – e qui si passava dal piano dei fatti a quello dell’interpretazione dello *statutum* – era dato dalla considerazione (*ibid.*, n. 38) che la disposizione da applicare «semper ultramontanos prius ponit, seu vocat, unde ratione ordinis scripturae ipsi incipere debent esse rectores». A questo argomento – a cui sostegno portava alcuni passi del Digesto: D. 34, 5, 12(13) con la relativa glossa “*Quoties in actionibus*”, D. 40, 5, 24 e D. 28, 5, 43 (42); la Nov. 1, 1, cui aggiungeva l’autorità del Barbazza (cfr. ANDREAE BARBATIA, *Tractatus solemniss de prestantia cardinalium*, Mediolani 1508, pars I, quaest. I, n. 64) – veniva affiancata la considerazione che «hoc statutum fuit factum in favorem Ultramontanorum, item etiam advenarum». Sotto questo profilo

appartenenti all'*Universitas iuristarum* provvide ad eleggere uno studente parmense – tale Sozus⁽⁷⁾ – ascritto alla *Natio lombarda* (e quindi Citramontano), mentre una sparuta minoranza fece convergere i suoi voti su di uno scolaro della *Natio hispanica* (ed in quanto tale, ultramontano). Entrambi gli eletti si consideravano legittimati ad insediarsi nella carica: di qui la controversia – disputata avanti i Consiglieri del Duca di Ferrara, Ercole II d'Este – nella quale il Bombini fu chiamato a far valere le ragioni dell'*Hispanus*.

Mentre alla parte avversaria era sufficiente dimostrare che per l'anno 1547 la funzione di *Rector Iuristarum* competeva ad un citramontano⁽⁸⁾ – e

appariva chiaro ch'esso era «fundatum in ratione, authenticae 'habita' [C. 4, 13, 5]» con la conseguenza che «ipsi Ultramontani præponendi sunt...ad hoc ut statutum conservetur», principio, quest'ultimo, espresso – secondo il Bombini – da X. 3, 11, 1. Dando una diversa interpretazione allo statuto – proseguiva l'A. (*ibid.*, n. 39 sg.) – «sequeretur quod statutum esset contra rationem iustam et naturalem quam assignat textus in dicta authentica 'habita', ut scilicet quanto longinquoires sunt scholares, tanto plus ex æquitate sunt ad honorem Studii præponendi». In un'ipotesi siffatta – come si insegnava comunemente – «clarum est quod statutum non valeret. Nam statuta contra ius gentium seu rationem, vel æquitatem naturalem, nullius sunt momenti». Affermava, infatti, a questo proposito Bartolo (BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, Venetiis 1526, ad D. 1, 1, 9, n. 26, fo. 11r): «lex vel statutum debent esse sancta et honesta...ergo si continent aliquid inhonestum non valent» e aggiungeva Giasone del Maino, a commento di Bartolo, (IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, Papiae 1492, ad D. 1, 1, 9, fo. b8recto) «dummodo statuta sint honesta et iusta vel saltem tollerabilia, alias non debent servari», precisando, nella *Repetitio* allo stesso testo (*ibid.*, fo. c3verso) che «collegia licita possunt facere statuta inter se dummodo non contradicant iuri naturali vel divino».

(7) Si trattava del parmense Giovanni Simone “Sozus” (altrove detto ‘Sozo’ o ‘Socius’): cfr. PARDI, *Lo Studio di Ferrara nei secoli XV e XVI*, Ferrara 1903 (rist. anastat., Forni, Bologna 1970), p. 70 in cui lo si dice “a Brixillo”, nonché Id., *Titoli dottorali conferiti dallo Studio di Ferrara nei secoli XV e XVI*, Lucca 1900 (rist. anastat., Forni, Bologna 1970), p. 150 ove si riporta, in data 24 ottobre 1548 la laurea ‘in iure canonico et civili’ di «Io. Simonus Sucus de Parma...fil. Io Baptistae equitis, Rector Studii».

(8) Nel caso concreto, però, anche questa tesi andava incontro ad una difficoltà. Va tenuto presente, infatti, che non solo nel 1546 era stato eletto come Rettore il lodigiano Ascanio Montagnani, il quale, logicamente, apparteneva, per la sua provenienza, alla *Natio lombarda* (cfr. PARDI, *Titoli dottorali ecc.*, cit., p. 144 sg. ove, alla data del 19 gennaio 1547 risulta quale teste, con la qualifica di “Rector [iuristarum]” «*Aschanis Montagnanus laudensis*»), ma per di più, come osservava il Bombini (*Op. cit.*, cons. XIII, nn. 43-45, pagg. 91sgg.), «nonnulli rectores...qui fuerunt præcedentibus annis, fuerunt de natione Lombarda». Orbene, lo statuto stabiliva che il Rettore da eleggere (e ciò valeva in ogni caso e perciò anche per quelli assunti ‘in subsidium’) non doveva essere «de illa natione, de qua ipse rector antiquus sit». Anche sotto questo profilo l'elezione di un altro ‘lombardo’ poteva apparire in contrasto con la norma da applicare. La difesa di Sozo – per confutare tale assunto – sosteneva che, nella norma in questione, la «intentio statuentis» era

questa in effetti fu la sua linea difensiva – il Bombini, all'opposto, non solo doveva provare il contrario, ma gli era altresì indispensabile superare la difficoltà, non di poco conto, derivante dalla circostanza che lo 'scolaro' spagnolo aveva ottenuto meno di un terzo dei suffragi e quindi era ben lungi anche dal solo avvicinarsi alla maggioranza dei voti espressi.

Il nucleo centrale del *Consilium*⁽⁹⁾, pertanto, contiene una completa (anche se prolissa) esposizione delle argomentazioni giuridiche adducibili per sostenere la validità dell'elezione dello studente ultramontano e, di conseguenza, l'invalidità di quella del candidato parmense. Seguendo, per

soltanto che il nuovo eletto «non sit de illa natione de qua fuit rector praecedentis anni» dal momento che il vocabolo "*antiquus*" utilizzato dallo statuto doveva essere inteso secondo il significato del termine che la glossa ed i Dottori traevano da D. 12, 1, 22 in quanto, come insegnava, fra i molti, Giasone del Maino, «statuta debent intelligi secundum ius commune et ita dicimus tota die» (IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., *Repetitio* ad D. 1, 1, 9, fo. c5recto). Esso, pertanto doveva venire interpretato come se fosse scritto «de praecedenti anno» e quindi andava riferito «ad rectorem citramontanum proximum praecedentem». Dandosi il caso che in luogo di un ultramontano si fosse dovuto eleggere '*in subsidium*' un citramontano, era sufficiente che costui «non sit de eadem natione videlicet Lombarda, vel Neapolitana et similes de qua fuit rector antiquus, videlicet citramontanus proxime precedens». Dal momento che ad avviso della parte avversa al Bombini, come si è visto, il precedente rettore Ascanio Montagnani «fuit in subsidium ultramontani», ne derivava che il medesimo «vice et persona sua fungitur et habetur, ac si fuisset electus ab ultramontanis», con la conseguenza che, dovendo essere considerato a tutti gli effetti «ac si esset ultramontanus», ben poteva, perciò, venire ora eletto «dictus Sozus citramontanus, licet sit Longobardus» dal momento che «ille est ultramontanus, iste citramontanus et longobardus». Da parte sua il Bombini replicava che se si fosse assunto il vocabolo "*antiquus*" come riferibile «solum...ad rectorem proximi anni praecedentis» – che secondo la regola generale avrebbe dovuto essere alternativamente un ultramontano ed un citramontano – si sarebbe pervenuti a «redarguere statuentem de maxima et clarissima ignorantia» essendo del tutto ovvio che «natio ultramontana cum natione citramontana nihil inter se commune habeat». Per non dover ammettere che lo statuto contenesse disposizioni prive di senso, era allora giocoforza ritenere che parlando di rettore 'antico' si dovesse fare riferimento «ad illum annum ad quem electio legitime devolvitur». Se quindi l'ultimo rettore eletto nell'anno destinato agli studenti italiani era appartenuto alla '*Natio lombarda*', non poteva eleggersene oggi un altro della stessa '*Natio*'.

(9) Per qualche cenno sulla natura composita (e quindi anomala) del *Consilium* v. ADAMI, *Op. cit.*, pag. 126. Relativamente alla parte del consulto che in questa indagine prendiamo in considerazione va avvertito, per altro, che la trattazione è condotta secondo la metodologia giuridica dell'epoca, per cui ogni singola affermazione è sorretta da abbondanti citazioni (ancorché talvolta imprecise, se non addirittura scorrette) di fonti normative e di testi dottrinali, sia civilistici, sia canonistici. In generale, sulla letteratura consiliare oltre al classico SAVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale* (in DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, vol. III, parte II, Milano [Hoeppli] 1927), p. 498-503, v., più di recente ASCHIERI, *Tribunali giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna [Mulino] 1995, specie pp. 185 sgg.

altro, lo schema tradizionale di questo genere di scritti, l'A., dopo aver enunciato brevemente i termini della controversia ed il suo assunto, illustra «*pro solutione huius dubii*» le ragioni che militano tanto a favore, quanto contro la tesi da lui sostenuta (*arguam pro et contra*) per arrivare, alla fine, ad esporre la sua conclusione (*et postremo resolvam*). Nell'illustrare le varie tesi enunciate dal Bombini – sintetizzate, per motivi di brevità, in pochi punti essenziali – si farà riferimento, in linea di principio, agli stessi Autori utilizzati dal giurista calabrese, soprattutto allo scopo di porre in evidenza il substrato dottrinale da cui muovevano, verso la metà del '500, coloro che svolgevano la propria attività nelle sedi giudiziarie.

2. – A sostegno, dunque, della pretesa di Sozo – sottolineava il Bombini – era invocabile, innanzi tutto, quel fondamentale principio di derivazione romanistica⁽¹⁰⁾ che disciplinava la formazione della volontà nell'ambito delle «*universitates*»: «*illud dicitur firmum, idque attendere debemus, quod fit a maiori parte ipsius universitatis*»⁽¹¹⁾. Ed invero, come già insegnava la glossa accursiana, per la validità di una delibera erano necessari due elementi: la presenza di almeno due terzi dei membri della 'corporazione' ed il voto favorevole della maggioranza degli intervenuti⁽¹²⁾. «*Si publice populus vocetur, scilicet per tubam, vel campanam vel voce praeconia* – si legge, ad esempio, nella glossa '*refertur*' ad D. 50, 17, 160, 1 – *licet non omnes veniant, videtur omnes facere quod faciunt qui veniunt, si modo duae partes veniant et maior pars illarum duarum partium consensit*». Il discorso non era diverso, rilevava la medesima glossa, anche nell'ipotesi di un collegio più ristretto⁽¹³⁾,

⁽¹⁰⁾ Cfr., principalmente, D. 50, 1, 19 («*Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnes egerint*») e D. 50, 17, 160 («*Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem*»).

⁽¹¹⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 1, pag. 83. L'espressione sembra ispirarsi alla terminologia di Bartolo, che l'A. (come del resto tutti i bartolisti) mostrava di tenere in grandissima considerazione. Cfr. BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super primam Digesti veteris*, cit. ad D. 1, 1, 9, n.16, fo.10r: «...tunc quid placuerit maiori parti illud erit firmum...».

⁽¹²⁾ Come chiaramente sottolineava Giasone del Maino, «*licet maior pars sufficiat, tamen debent omnes esse vocati et citati et recte congregati*» (IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 7, 19, fo. bb8 verso) e da parte sua aggiungeva il Sandeo: «*ubi convenirent plures quam duae partes tunc requiritur consensus maioris partis convenientium et non sufficeret maior pars duarum partium*» (FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, Basileae 1567, ad X. 1, 2, 6, n. 33, col. 120)

⁽¹³⁾ Baldo degli Ubaldi, ad esempio, nell'ipotesi di un collegio (si trattava dei consoli dei mercanti di Perugia) sottolineava come relativamente agli atti collegiali «*debet convocari collegium sono tubae vel campanellae more solito*», per quelli non collegiali, invece, «*non requiritur convocatio, et ideo quod faciunt tres ex dictis consulibus mercatorum, quarto irrequisito, valet*» (BALDI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1577, ad D. 1, 10, 1, n. 5, fo.51v).

come l'ordo *decurionum*: «*item si facit maior pars eorum qui praesunt universitati et deputati loco totius civitatis ut decuriones*»⁽¹⁴⁾.

Un punto su cui tanto la dottrina civilistica quanto quella canonistica erano del tutto pacifiche – e vale la pena di farne un breve cenno, anche se ai fini della controversia che ha dato origine al *Consilium* di Bernardino Bombini ciò non venga direttamente in rilievo – era costituito dall'assoluta necessità che tutti i membri della corporazione venissero convocati. «*Omnes ...de universitate vocandi sunt, et more solito et in loco consueto*» affermava categoricamente Angelo degli Ubaldi⁽¹⁵⁾, riallacciandosi all'insegnamento di Bartolo, secondo cui, in un' ipotesi siffatta occorreva la «*vocatio ad unum*» di tutti gli aventi diritto⁽¹⁶⁾. Una spiegazione più approfondita di tale regola era offerta dal

⁽¹⁴⁾ Gli stessi principi appaiono ribaditi anche da altre glosse: cfr. glossa '*quod maior curiae*' ad D. 50, 1, 19 («*nam duae partes debent esse praesentes, sed sufficit maiorem partem duarum partium consentire*»); glossa '*duae partes*' ad D. 3, 4, 3 («*duae namque partes ordinis in urbe positae totius curiae instar exhibent ... secundum Azonem et noto quod non exigitur ut duae partes consentiant in decurionem, sed ut duae partes affuerint ut hic, sed an consentientes debeant esse tot, scilicet ut sit maior pars totius ordinis an sufficiat quod maior pars consentiat praesentium, quod est verius*»). I medesimi principi, del resto, vengono ripresi, nella seconda metà del XV secolo, da Felino Sandeo quando scrive, richiamandosi all'autorità del Panormitano: «*primum est quod ad hoc ut actus universitatis valeant, debent simul convenire saltem duae partes, per l. 'nulli', ff., quod cuiuscumque universitatis nomine <vel contra eam agatur> [D. 3, 4, 3]. Ex quibus duabus debet ad minus maior pars consentire et sufficere quia si duae repraesentant totam universitatem, dicta l. 'nulli' et l. 'nominatum', C., de decurionibus <et filis eorum et qui decuriones habentur quibus modis a fortuna curiae liberentur>, lib. X [CJ. 10, 32(31), 45] ergo factum a maiori parte istarum duarum, dicitur factum ab ipsa tota. Et hanc dicit esse communem opinionem Canonistarum et Legistarum, licet aliquando glossae variaverint, ut hic» (FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., loc. ultim. cit.)*

⁽¹⁵⁾ ANGELI UBALDI, *In primam atque secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1580, ad D. 2, 14, 7, 19, n. 2, fo. 60v. Il BOMBINI, (*Op. cit.*, cons. XIII, n. 34, p. 89) aggiungeva che ove, in particolare, si fosse trattato di modificare lo statuto vigente era anche indispensabile che i membri della corporazione si fossero riuniti con l'*animus statuendi*, cosa che non era avvenuta nel caso da lui preso in esame, con la conseguenza che «quando non adest animus statuendi, etiam si omnes consentirent, non valet, ex eo quia est contra statutum et sic contra legem», come si poteva desumere da CJ. 1, 2, 14, 1 in corp. e 3.

⁽¹⁶⁾ BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris*, cit, ad D. 1, 1, 9, n.18, fo.10v.; EIUSDDEM, *Super secunda Digesti novi expolita commentaria*, Venetiis 1526, ad D. 50, 1, 19, fo. 250v. Nel primo dei passi testé citati Bartolo si pone il problema della validità di una delibera presa «si omnes de populo consentiunt separatim in domo sua et hoc constat per publicum instrumentum». La soluzione affermativa si sarebbe potuta ricollegare a quanto si traeva, in tema di consuetudine, da taluni passi del Digesto (D. 1, 3, 32, D. 8, 14, 18 nonché D. 39, 3, 10). Egli, tuttavia riteneva preferibile sostenere l'opinione contraria, e ciò «per duas regulas». Innanzi tutto perché «in his que pertinent ad plures ut universos requiritur simul omnium consensus» come

Sandeo, il quale – richiamandosi alla glossa *'praesentium'* ad X. 1, 33, 17 – sottolineava come i membri del capitolo (ed è questa l'ipotesi più frequente di *'collegium'* presa in considerazione dai decretalisti) «*debent consentire ut collegium, non tanquam singuli*» ed invero «*generaliter in actibus capitularibus seu collegiatis non sufficit canonicos, seu illos de collegio separatim consentire*», essendo necessario «*quod sint tanquam collegium congregati et collegialiter consentiant*». A suo avviso, anzi, una «*deliberatio per congregatos*» aveva la caratteristica di essere presa «*liberius et maturius*»⁽¹⁷⁾

Per quanto si riferisce, d'altro lato, alla manifestazione – da parte degli intervenuti – di una volontà favorevole alla delibera da assumere, si potevano notare due tendenze, spesso coesistenti nel pensiero dei medesimi Autori, le quali conducevano comunque a risultati concreti del tutto simili. La *ratio* in base a cui si giustificava la rilevanza del principio maggioritario, secondo una concezione che si ritiene comunemente di origine canonistica⁽¹⁸⁾, ma

risulta da CJ. 10, 32(31), 2 ed «*expressius*» da X. 1, 6, 55. Secondariamente perchè «*in his quibus consensus maioris partis preiudicat minori etiam si pertineat ad plures ut singulos, requiritur ut fiat simul*».

⁽¹⁷⁾ FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.24, col. 114 ove si richiama l'analoga opinione di Baldo degli Ubaldi il quale afferma che «*ubi non est capitulum totum, vel maior pars capituli, non potest ibi esse actus capitularis*». Qualche problema sorgerà, in sede canonistica, circa la necessità di convocare oltre ai canonici *'residentes'* anche quelli *'absentes'*, dal momento che questi ultimi, nella prassi, «*non vocantur nisi in arduis*» (FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.34, col. 121). Una soluzione del genere, del resto, era avallata dall'autorità di Sinibaldo dei Fieschi, il quale sosteneva che «*sufficit in rebus et negotiis universitatum requiri rectores vel idoneorem partem*», mentre «*in rebus autem singularium sunt vocandi*» anche i non residenti, che non andavano pretermessi «*in magnis negotiis*». La *ratio* che informava il principio per cui «*sufficiunt vocari presentes et non est necesse vocari absentes*», stava, a suo avviso, nella circostanza che i non residenti dovevano essere presenti (al fine di esprimere il loro consenso) unicamente «*si contra eos singulariter et non nomine universitatis ageretur*» e perciò, unicamente in tale ipotesi, «*contra eos non licet procedi nisi specialiter vocarentur*» Cfr. INNOCENTII IV P.M., *Apparatus super V libros Decretalium*, Venetiis 1481, ad X. 1, 33, 17, fo. k4 *recto-verso*. La convocazione degli assenti – come insegnava Niccolò de' Tudeschi, fondandosi sull'interpretazione di X. 1, 6, 42 e sul testo espresso contenuto in VI. 3, 4, 33 – era necessaria «*ad actum collationis seu electionis*»: cfr. ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, Venetiis 1571, ad X. 2, 27, 12, n. 28, fo. 75v.

⁽¹⁸⁾ V. in particolare, RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Id. Scritti giuridici minori*, Milano (Giuffrè) 1936, vol. II, p. 9 sg. ove si afferma – sul fondamento della glossa *'non debetur'* ad. D. 3, 4, 7 pr. («*universitas nil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*») – che per i glossatori «*la corporazione non è se non per il complesso dei suoi membri; vale a dire che l'unità risulta non già per virtù di astrazione, o di una fusione organica, o di una imposizione autoritaria, ma invece dalla pura e semplice somma materiale delle singole parti*».

di cui si trova qualche accenno già nei Glossatori al *Corpus iuris civilis*, veniva collegata allo stesso concetto di “*universitas*”, intesa – sono, appunto, parole della glossa – «*quasi unum corpus [...] sive sint omnes, sive quidam, dummodo duae partes, unde quod maior pars huius corporis praesentis facit, valet*»⁽¹⁹⁾. D’altro canto – come osservava ancora la glossa, per spiegare (al di là del mero ossequio formale al testo normativo) il motivo concreto per cui appariva sufficiente la presenza dei due terzi dei membri – non bisognava dimenticare il fatto che «*et si omnes adessent, vinceret tamen maior pars*»⁽²⁰⁾. Nemmeno andava trascurata, al contempo, un’altra circostanza, per così dire anch’essa di fatto, che rendeva indispensabile attribuire alla pura maggioranza dei presenti la possibilità di deliberare validamente: «*si omnes deberent consentire*» scriveva invero Filippo Decio, sintetizzando l’insegnamento dei glossatori, «*negotia universitatis non possent de facili expediri*»⁽²¹⁾.

Su di un altro versante, forse più strettamente legato alla lettera dei passi romanistici (e quindi alla concezione sottesa ai medesimi) Bartolo da Sassoferrato, approfondendo taluni elementi già messi in rilievo dalla glossa⁽²²⁾, notava che «*quod facit maior pars, presumuntur omnes facere et omnes facere videntur*»⁽²³⁾, mentre Baldo degli Ubaldi accennava, a questo proposito, ad una “*interpretatio iuris*”⁽²⁴⁾ né diverso appariva il pensiero del Tartagni, quando precisava, fondandosi su D. 26, 5, 19 e su D. 50, 1, 19, che la volontà della maggioranza dei due terzi presenti «*habet effectum proinde ac si esset factum ab omnibus*»⁽²⁵⁾. Ancora più preciso, a questo proposito, appare

⁽¹⁹⁾ Glossa ‘*duae partes*’ ad D. 3, 4, 3, cit. Un principio siffatto era particolarmente sentito dalla dottrina canonistica, come è testimoniato da Guido di Baisio (citato in BALDI UBALDI *In Decretales subtilissima commentaria*, Venetiis 1571, ad X. 2, 27, 3, n. 2, fo. 413v) il quale alla domanda «*scis tu quare in collegio prevalet maior pars?*» rispondeva: «*quia est maior pars unius corporis*». Lo stesso Baldo, del resto, ponendosi a sua volta il quesito «*utrum dicatur concorditer fieri id quod fit a maiori parte*» dava la seguente spiegazione: «*ficte sed non vere, si concorditer referatur ad personas, sed si referatur ad collegium, tunc vere, quia vere collegium est concurs, cum collegium substantialiter et formaliter stet in maiori parte, quando ex pluribus resultat collegium sive congregatio*» (*ibid.*)

⁽²⁰⁾ Glossa ‘*duae partes*’ ad D. 3, 4, 3, cit.

⁽²¹⁾ PHILIPPI DECII, *In titulum de Regulis iuris commentaria*, Lugduni 1546, ad D. 50, 17, 160, 1, n. 1, pp. 398 sg.

⁽²²⁾ Glossa ‘*refertur*’ ad D. 50, 17, 160, 1, cit, ove si fa un accenno alla ‘ *fictio legis*’ («*ideo autem sic fingit haec lex: quia non possunt omnes consentire facile*»)

⁽²³⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super secunda Digesti novi expolita commentaria*, cit., ad D. 50, 1, 19, n. 1, fo. 250v.

⁽²⁴⁾ BALDI UBALDI, *In Decretales subtilissima commentaria*, cit., ad X. 2, 27, 3 n. 1, fo 413v ove si afferma: «*Nam si non est iure cautum quod requirantur omnes, sufficit maior pars, verum quia quod facit maior pars omnes fecisse videntur, iuris interpretatione, ff., ad municipalem <et de incolis>, l. ‘quod maior’ [D. 50, 1, 19]*».

⁽²⁵⁾ ALEXANDRI TARTAGNI, *Commentaria super prima Digesti veteris*, Venetiis 1521, ad D. 2, 14, 7, 19, n. 16, fo. 113r

l'interpretazione chiarificatrice di alcuni tra gli esponenti di spicco della dottrina canonistica: «*ficte videtur factum ab omnibus, quod fit a maiori parte*» sosteneva, ad esempio, il Panormitano⁽²⁶⁾ e sulla scia di questo Autore, il Decio aggiungeva: «*et sic hoc procedit per fictionem*»⁽²⁷⁾. Com'è stato osservato molto più di recente, «la volontà dell'ente collettivo» fu intesa a lungo, secondo l'originaria concezione propria del diritto romano «non diversamente da come la volontà dei singoli suoi componenti legalmente organizzati», con la conseguenza che l'innegabile difficoltà nascente dalla circostanza che «una parte dei singoli» poteva avere una volontà differente rispetto a quella dell'altra, fu superata introducendo una finzione: «quello che la maggioranza vuole si deve supporre essere voluto da tutti, anche dalla minoranza»⁽²⁸⁾.

Ma il richiamarsi esclusivamente al principio maggioritario – notava con acutezza il Bombini – presupponeva che l'elezione dell'appartenente alla *Natio lombarda* fosse avvenuta in applicazione delle disposizioni statutarie o, quanto meno, «*quando statutum non est in contrarium*»⁽²⁹⁾. Analizzando la fattispecie concreta appare chiaro che, sia pure in forma implicita, i membri citramontani dell'*Universitas iuristarum* avevano con un'unica votazione da un lato modificato (o, comunque derogato) lo statuto vigente – rendendo eleggibile per il 1547 un italiano in luogo di uno straniero – e, secondariamente, avevano operato l'elezione in conformità della nuova normativa introdotta in questo modo.

Era innegabile, secondo l'insegnamento della dottrina, che ai “*collegia*” fosse consentito «*facere statuta in eorum praeiudicium, etiam si contradicant iuri communi, vel aliis statutis eorum et illud statutum valet*»⁽³⁰⁾. Punto di partenza di questa costruzione giuridica, infatti, era il principio che si

⁽²⁶⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X, 2, 27, 12, n. 29, fo. 75v ove l'affermazione viene fondata su D. 50, 17, 160, 1. Cfr., altresì, EIUSDEM, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, Venetiis 1570, ad X. 1, 33, 1, n. 5, fo. 160v: «id quod fit a maiori parte, fingitur factum ab omnibus, ut in cap. 1, <extra>, de his quae fiunt a maiori parte capituli [X. 3, 11, 1]».

⁽²⁷⁾ PHILIPPI DECII, *In titulum de Regulis iuris*, cit., loc. cit. Lo stesso A., d'altra parte aggiungeva che «notandum est quod licet factum a maiori parte videatur factum ab omnibus, tamen illud quod fit ab omnibus vere, reputatur firmitus, quod notandum est» (PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, Venetiis 1566, ad X.1, 2, 6, secunda lectura, n. 47, fo. 22v). Cfr. anche FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 18, col. 110 il quale nota che «ubi ex forma legis vel statuti requiretur consensus omnium, tunc enim licet quod fit a maiori parte videatur fieri ab omnibus per fictionem dictae l. 'quod maior' [D. 50, 1, 19]».

⁽²⁸⁾ RUFFINI AVONDO, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in “*Archivio giuridico*”, vol. XCIII (1925), p. 18 dell'estr.

⁽²⁹⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 34, p. 88.

⁽³⁰⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 2, p. 84.

riteneva desumibile da una costituzione dell'imperatore Anastasio contenuta in CJ. 3, 13, 7, in base alla quale – come osservava Bartolo – era concesso ai «*collegia licita et approbata*» la facoltà di emanare norme statutarie, non solo «*in his in quibus habent iurisdictionem*», ma, più in generale, «*quo ad ea quae ad ipsos collegiatos pertinent*»⁽³¹⁾. La spiegazione, poi, del motivo per cui si ammetteva che le corporazioni potessero darsi degli statuti contrastanti «*iuri communi vel aliis statutis civitatum*» stava nel fatto che le delibere da loro prese vincolavano unicamente i membri delle medesime, ponendosi con ciò «*ad eorum praeiudicium*»⁽³²⁾. L'unico limite – sotto questo profilo – alla potestà statutaria era dato dal divieto di deliberare alcunché in contrasto «*iuri naturali vel divino*»⁽³³⁾ oppure di emanare statuti «*contra bonos mores*»⁽³⁴⁾. Per giustificare, d'altro canto, la possibilità di modificare (quanto meno in via di principio) ciò che in precedenza era stato statuito, si invocava quella regola generale contenuta tanto nelle fonti canonistiche (X. 5, 41, 1), quanto in quelle civilistiche (D. 50, 17, 35) secondo cui «*actus eo modo quo contrahitur, contrario modo dissolvitur*»; se ne deduceva, quindi, che, come l'*universitas*, con il voto favorevole della maggioranza dei componenti, aveva il potere di «*novam condere constitutionem*», altrettanto doveva affermarsi in tema di «*tollere antiquam*»⁽³⁵⁾. Era indispensabile, per altro, in quest'ultima ipotesi, osservare quelle stesse formalità che «*de necessitate*» si dovevano seguire «*in faciendo acto*»⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 5, fo. 9v.

⁽³²⁾ IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., Repetito ad D. 1, 1, 9, fo. c8verso, ove si richiama, tra le altre, l'opinione di Baldo secondo cui «*statuta mercatorum vel aliorum collegiatorum contra alia statuta generalia civitatis vel contra ius commune non nocent aliis quam ipsis et heredibus eorum*».

⁽³³⁾ IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., loc. ultim. cit. che riprende quanto affermato da Alberico de Rosciate a commento di X. 1, 2, 8.

⁽³⁴⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 28, fo. 11r. nonché, *ibid.*, n. 5, fo. 9v ove viene ricordata l'opinione di Giovanni d'Andrea per cui «*canonici possunt facere statuta in ecclesia dummodo sint licita, alia secus*».

⁽³⁵⁾ PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, Venetiis 1566, ad X. 1, 2, 6, n. 30, col. 19v: «*Preterea dictum in se etiam non videtur verum, quod maior pars proprie constitutioni contravenire non possit, quia sicut maior pars posset novam condere constitutionem, ita videtur quod tollere antiquam possit. Et hoc de plano videtur quando talis constitutio a maiori parte facta fuisset, quia actus eo modo quo contrahitur, contrario modo dissolvitur cap. 1 de regulis iuris in antiquis [X. 5, 41, 1] et in l. 'nihil tam naturale', <ff.> de <diversis> regulis iuris <antiqui> [D. 50, 17, 35].*»

⁽³⁶⁾ PHILIPPI DECII, *In titulum de regulis iuris commentaria*, cit., ad D. 50, 17, 35 n. 5, p. 193 s. ove si precisa che «*secus si ultra necessitatem ex abundantia aliqua solemnitas adhibita sit, quia tunc illa solemnitas non est necessaria in revocatione, ut notabiliter declarat Bartolus in l. 'heredes palam', § 'si quis post', supra, <qui> testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant> [D. 28, 1, 21] ubi inquit, quod dum ibi dicitur, quod in mutatione testamenti omnia ex integro facienda*

La regola, tuttavia, aveva delle eccezioni, ad illustrare le quali si soffermava diffusamente Bartolo. Trattando in maniera specifica degli *statuta civitatis*, introduceva una serie di distinzioni: «*hic est advertendum – egli invero scriveva – quod quandoque statutum precedens est simplex, quandoque derogatorium secundi, quandoque non derogatorium sed iuramento firmatum, quandoque sunt duo statuta contraria eodem tempore firmata in eodem volumine reperia*»⁽³⁷⁾. Prendendo in esame esclusivamente le prime due ipotesi, che maggiormente si attagliano alla problematica di cui ci stiamo occupando, si può osservare come Bartolo avanzasse, in relazione al caso dello *statutum simplex*, un'ulteriore distinzione (il fondamento della quale era rinvenibile nella contrapposizione esistente tra due diversi passi romanistici: da un lato I, 1, 2, 11 e dall'altro D. 50, 9, 59). Nell'ipotesi in cui «*statutum stat in simplicibus dispositione statuti*», (ossia quando non era idoneo a produrre effetti esterni alla corporazione) ben poteva essere modificato da uno posteriore. Se, per contro, il vecchio statuto «*transit in contractum vel quasi [contractum]*» allora non era certamente modificabile in pregiudizio del terzo contraente o quasi contraente, dal momento che «*ex utraque parte perfectus est contractus*»⁽³⁸⁾. Passando, ora all'altro caso – quello, cioè, dello «*statutum derogatorium*» – secondo Bartolo si potevano evidenziare due situazioni differenti: da un lato lo statuto «*derogatorium solemnitatis*» (quando l'originaria disposizione stabiliva che una sua modifica non valesse «*nisi servata certa forma*») e, dall'altro, quello «*derogatorium voluntatis*» (là dove si escludeva un'abrogazione implicita, ma si richiedeva, invece, – secondo l'insegnamento di Cino da Pistoia – una «*revocatio expressa*» dal momento che una «*protestatio precedens declarat animum in*

sunt, intelligitur omnia quae de necessitate fieri debuerint». Cfr. anche EIJUSDEM, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 31, fo 19v., nonché FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.17, col. 108.

⁽³⁷⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 28, fo. 11r.

⁽³⁸⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, nn. 29 e 30, fo. 11r. ove si porta questo esempio significativo: «statuto cavetur quod qui venit ad habitandum in tali castro habeat immunitatem perpetuo, quidam venerunt, nunc civitas vult revocare statutum et vult ne illi gaudeant immunitate, certe in preiudicium eorum qui iam venerunt non potest revocari, secus in his qui nondum venerunt, nam dictum statutum transivit in contractum vel quasi contractum do ut facias, vel facio ut facias, idest concedo tibi immunitatem ut venias, si aliqui venerunt ex utraque parte perfectus est contractus et ideo non est locus penitentie, sed antequam veniant sic». Il Tartagni, nelle sue *Apostillae* al passo di Bartolo sopra citato (*ibid.*, loc. cit. sub verbo 'per sequens') ricordava, in proposito, l'opinione del Cardinale Zabarella (espressa a commento di X. 2, 26, 2) secondo il quale «per secundum statutum non intelligitur sublatum primum nisi apponatur clausula specialis 'non obstante tali statuto'» nonché quella di Giovanni d'Andrea e di vari altri giuristi secondo i quali «si novum statutum seu reformatio non fuit uso receptum, sed antiquum fuit observatum, tunc videtur recessum ab ipso novo».

futurum deesse», con la conseguenza che «*in secundo statuto deficit animus et voluntas*» e pertanto «*non est statutum*»⁽³⁹⁾

3. – Pur dovendosi riconoscere – notava il Bombini, proseguendo le sue argomentazioni – che le “*universitates*” secondo la *communis opinio* (e salve, quindi, le limitazioni testé prese in considerazione) avevano, in linea di principio, la facoltà di modificare i propri statuti, tuttavia ciò poteva avvenire solamente «*quando omnes consentirent, nemine discrepante*». A sostegno di tale assunto si invocava la lettera della legge, ossia l’espressione «*reluctante nullo*» contenuta nell’epilogo dell’*authentica*, de defensoribus civitatum, (Nov. 15, epil.)⁽⁴⁰⁾. In questo testo, invero, si stabiliva (in apparente contrasto con il principio contenuto in D. 50, 1, 17 e ribadito tanto in CJ. 10, 32 (31), 45 quanto in D. 50, 17, 160, 1 che la conferma nella carica di un “*defensor civitatis*”, scaduto il normale biennio di durata nell’*officium*, poteva avvenire, una sola volta, «*nomine civitatis*», e per di più sulla base di una votazione unanime (*reluctante nullo*)⁽⁴¹⁾.

Secondo certa dottrina che si rifaceva agli insegnamenti di Cino da Pistoia⁽⁴²⁾ la regola enunciata dall’Autentica giustificava l’introduzione di una distinzione tra statuto «*praeter legem*», per l’approvazione del quale si richiedeva la semplice maggioranza di cui a D. 50, 1, 17, e statuto «*contra legem*» che, per essere introdotto, abbisognava «*quod nullus dissentiat*». Bartolo da Sassoferrato, per contro, negava l’ammissibilità di siffatta differenziazione: a suo avviso, invero, la dicotomia tra i due passi romanistici doveva essere risolta su di

⁽³⁹⁾ BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 31, fo. 11v. A commento di questo passo di Bartolo, v., con ulteriori indicazioni dottrinali, IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., Repetitio ad D. 1, 1, 9, fo. c4 verso.

⁽⁴⁰⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 34, p. 89 ove si ribadiva la necessità che «*unanimiter et nemine discrepante de novo esset factum statutum contra antiquum*». Un’affermazione siffatta, in dottrina, era sostenuta dal giurista padovano Antonio Francesco Dottori, nelle sue *Additiones* ad ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X, 1, 6, 57, n. 11, fo. 216v sub verbo *sanioritas*, ove si afferma espressamente che «*quando collegium vel universitas vellet facere contra statutum prius conditum ab ipso collegio vel universitate, tunc maior pars non sufficit et minor pars diceretur esse sanior ut notabiliter voluit Innocentius in cap. ‘humilis’, <extra>, de maiortate et obedientia [X. 1, 33, 17] et habetur per Baldum in l. fin., C., de auctoritate prestanda [CJ. 5, 59, 5]*».

⁽⁴¹⁾ ANGELI UBALDI, *In Authenticorum volumen commentaria*, Venetiis 1580, ad Nov. 15, epil., fo. 13v.

⁽⁴²⁾ Cfr. CYNII PISTORIENSIS, *Lectura super Codice*, Francofurti ad Moenum 1578 ad CJ. 8, 52(53) 2, n. 23, additio, fo 525r «*Quidam moderniores distinguunt: aut illud in quo populus vel maior pars consentit, est praeter legem et in usibus feudorum et huiusmodi et tunc contradictio aliquorum nihil facit. Aut est contra legem et tunc contradictio aliquorum impedit, ut videtur probari in Authentica, de defensoribus civitatum, circa finem [Nov. 15, epil.] ibi ‘nullo reluctantae’*».

una base diversa. Mentre nel principio desumibile dal Digesto era da vedersi una norma «*de iure communi*», ossia di carattere generale; per contro, l'epilogo della Novella 115 andava assunto come «*casus specialis*», inidoneo, quindi – perché enunciativo di un'eccezione – a fondare una regola suscettibile di applicazione al di là degli stretti limiti desumibili dalla legge⁽⁴³⁾.

Una problematica analoga, d'altro canto, era presente anche nelle fonti canonistiche, dal momento che in esse si rinvenivano numerose disposizioni, la cui terminologia – simile, se non proprio identica a quella dell'*Authentica* testè presa in considerazione – poneva gli interpreti di fronte alla necessità di operare un coordinamento tra siffatti dettati normativi ed il principio (analogo a quello civilistico) per cui «*suum consequitur effectum, quod a maiori et saniori parte capituli fuerit constitutum*»⁽⁴⁴⁾. Tali canoni, infatti – scritti, è vero, per lo più in tema di elezioni, ma la cui portata, secondo la più autorevole dottrina rappresentata dal Panormitano, era di carattere generale⁽⁴⁵⁾ – accennavano a decisioni prese «*in concordia*», ovvero «*concorditer*», da parte dei membri del collegio⁽⁴⁶⁾.

Secondo un profilo meramente letterale, rilevava l'Abate Siculo, «*dicitur fieri concorditer, quod fit nemine discrepante*» ed un'interpretazione siffatta trovava un solido fondamento nell'«*etymologia vocabuli*», dal momento che avrebbero potuto essere definiti “concordi” solamente coloro che «*sunt unius cordis*», in quanto il prefisso “con-” doveva venire assunto con il significato di “*simul*”⁽⁴⁷⁾. Lo stesso autore, tuttavia, commentando uno di questi testi (X. 2, 27, 12), si poneva il problema di qualificare in maniera più specifica la natura della norma, al fine di attribuire un significato preciso all'espressione «*plena omnium vestrum... interveniente concordia*» in essa racchiusa. La soluzione che veniva adombrata non sembra discostarsi – mutatis mutandis – da quella su accennata di Bartolo a proposito dell'Autentica “*de defensoribus civitatum*”. Infatti vi era la possibilità, da un lato, di accedere all'opinione dell'Ostiense, il quale riteneva che, nel caso concreto disciplinato dalla decretale, il Pontefice avesse espressamente stabilito che l'*electio* dell'arcidiacono dovesse avvenire «*omnium intercedente concordia*», con la conseguenza che una semplice maggioranza sarebbe stata irrilevante, perché in

⁽⁴³⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 16, fo. 10r.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. X. 3, 11, 1. Nello stesso senso v. anche X. 1, 6, 29 ed X. 1, 6, 55

⁽⁴⁵⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X 2, 27, 12, n. 29, fo. 75v ove viene fatto riferimento, senza alcuna distinzione, a tutti i «negotia universitatis».

⁽⁴⁶⁾ V. ad es.: X. 1, 6, 44, 2 («in concordia»), X. 2, 27, 3 («concors...sententia»), X. 2, 27, 12 («interveniente...concordia»), VI. 1, 6, 3, 1 («concorditer»).

⁽⁴⁷⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X, 1, 33, 1, n. 5, fo. 160v ove si critica l'opinione contraria di Antonio da Budrio il quale asseriva che «quod fit a maiori parte collegii, dicitur factum concorditer».

tale ipotesi «*verba debent intelligi proprie*»⁽⁴⁸⁾. Ove, all'opposto – proseguiva il Panormitano – si fosse inquadrata la disposizione non in un ambito di *ius singulare*, bensì in quello del diritto comune, bisognava allora desumere che «*istud verbum 'concordia' stat improprie*», nel senso, cioè, che si era in presenza in una mera «*concordia facti*», in quanto «*ficte videtur factum ab omnibus, quod fit a maiori parte*». D'altro canto – e questa era la sua conclusione – laddove non risultasse con certezza che il legislatore «*ius voluisse immutare*», era necessario che i vocaboli usati dalla legge fossero ricondotti «*ad terminos iuris*», al fine di elaborare in maniera armonica l'intero sistema relativo alle delibere dei *collegia*⁽⁴⁹⁾. Da parte sua Filippo Decio riteneva di operare una distinzione a seconda che l'espressione «*concorditer*» venisse impiegata «*habita ratione ad singulos*» oppure fosse riferita «*ad collegium seu universitatem*». Nel primo caso, infatti – come già aveva messo in rilievo la glossa di Giovanni d'Andrea⁽⁵⁰⁾ – «*verbum 'concorditer' importat 'nemine discrepante'*»; nel secondo caso, invece (e l'osservazione era tratta da Baldo degli Ubaldi⁽⁵¹⁾) la locuzione «*in plena concordia verificatur in maiori parte*»⁽⁵²⁾.

(48) ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X. 2, 27, 12, n. 28, fo. 75v: «tenendo ultimam solutionem Hostiensis, quod Papa eis de gratia hanc potestatem restituit, quo casu potuit illam gratiam qualificare ut voluit, ut scilicet tantum praesentes haberent eligere, et quod fieret electio omnium intercedente concordia, et tunc non sufficeret maior pars, quia verba debent intelligi proprie».

(49) ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X. 2, 27, 12, n. 29, loc. ultim. cit.: «potest intelligi quod Papa iure communi mandavit ut isti eligerent, et tunc istud verbum 'concordia' stat improprie et verificatur in concordia facti, nam ficte videtur factum ab omnibus, quod fit a maiori parte ut l. 'aliud', § 'refertur', ff., de <diversis> regulis iuris <antiqui> [D. 50, 17, 160,1] et tunc ex testo isto iuncta Glossa finalis notabis, quod verba haec 'plena omnium concordia' etc, prolata in materia iuris in negotio universitatis, ex quo non apparet aliter principem ius voluisse immutare, debent impropriari et reduci ad terminos iuris ut verificentur in maiori parte universitatis, et haec sufficiant.»

(50) Glossa 'concordem' ad VI. 1, 6, 16: «Licet quidam dicant electionem 'concordem', quae a maiori capituli parte facta est, tu dic secundum Guilielmum [de Monte Lauduno] et Cardinalem et Archidiaconum 'concordem' quando omnes consentiunt nemine discrepante. Ille enim intellectus est contra significationem vocis».

(51) BALDI UBALDI, *In Decretales subtilissima commentaria*, cit., ad X. 2, 27, 3, ante n. 1, fo.413v: «concors debet esse sententia sacerdotum qui deponunt clericum. Sed nunquid dicitur concors, si maior pars consentit. Nam si non est iure cautum quod requirantur omnes, sufficit maior pars, verum quia quod facit maior pars omnes fecisse videntur, iuris interpretatione, ff., ad municipalem <et de incolis>, l. 'quod maior' [D. 50, 1, 19] nam minor pars tenetur approbare et confirmare illud, quod fecit maior pars, ut ff., de pactis, l. 'cum maior' (sic) [D. 2, 14, ?]. Aut est lege expresse cautum, quod omnes debent esse concordem et tunc non valet sententia maioris partis, quia licet fuerint plures numero, non tamen iurisdictione».

(52) PHILIPPI DECII, *In titulum de Regulis iuris*, cit., ad D. 50, 17, 160, 1, n. 3, p. 399 sg.: «et licet statutum a maiori parte videatur factum ab omnibus, non tamen dicitur

Indipendentemente, per altro, dall'utilizzazione specifica di questi testi civilistici e canonistici dal significato controverso, non si può trascurare come la dottrina dell'uno e dell'altro diritto, individuasse tutta un'altra serie di ipotesi in cui una norma statutaria⁽⁵³⁾ non avrebbe potuto essere modificata a semplice maggioranza. Osservava, ad esempio, il Panormitano che i membri di una "*universitas*" avevano la possibilità di stabilire che «*non valeat actus nisi habeatur omnium consensus*», senza che una decisione del genere si potesse, in qualche modo, qualificare «*contra ius commune*». Va da sé che un principio di tal genere, non avrebbe potuto trovare applicazione laddove per determinati e specifici atti fosse «*a iure praedita certa forma*» ed in

factum concorditer, quia verbum 'concorditer' importat 'nemine discrepante', ut Abbas concludit contra Cardinalem in cap. '*non potest*', <extra>, de <sententia et de> re iudicata, columna penultima, versiculo 'sed dubitari potest' [X. 2, 27, 3], ubi plura iura inducit et idem tenet Cardinalis, clem. '*ne romani*', in versiculo 'eo ipso' [*rectius*: 'eo tamen'], in 8^a quaest., de electione <et electi potestate> [Clem. 1, 3, 2, 1], per illum textum, in versiculo 'si hoc <eidem> cetui concorditer expedire videbitur' et ita declarat ibi textus in cap. '*nihil*', <extra>, de electione <et electi potestate> [X. 1, 6, 44], ubi ibi dicitur de electione facta 'in concordia' et ad idem est Glossa in cap. '*cupientes*', in § '*ad haec*', in versiculo '*concordem*', de electione <et electi potestate> in VI [VI. 1, 6, 16] et ibi Dominicus, columna 2^a cum similibus ut tradit Alexander in l. '*iuris gentium*', § '*hodie tamen*', supra, de pactis [D. 2, 14, 7, 19]. Et hoc intelligitur, habita relatione ad singulos. Secus videtur si verbum 'concorditer' ad collegium seu universitatem referatur, ut notabiliter Baldus distinguit in dicto cap. '*non potest*', <extra>, de <sententia et de> re iudicata [X. 2, 27, 3] et etiam propter subiectam materiam verbum 'in plena concordia' verificatur in maiori parte, ut notat Abbas in dicto cap. '*cum olim*', in fine, de <sententia et de> re iudicata [X. 2, 27, 12]». Cfr. altresì EIUSDEM, *Consilia*, tom. primus, Lugduni 1546, consil. C, n. 7, fo 76r. Sull'argomento, ancorché senza particolari spunti originali (entrambi gli autori si richiamano all'autorità di Baldo), ma con amplissimi richiami dottrinali v. FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars secunda*, Basileae 1567, ad X. 2, 27, 3, n. 8, coll. 407-409 e ALEXANDRI TARTAGNI, *Commentaria super prima Digesti veteris*, cit, ad D.2, 14, 7, 19, n. 6, fo. 112v.

⁽⁵³⁾ La dottrina (v., in modo particolare, CYNII PISTORIENSIS, *Lectura super Codice*, cit., ad CJ. 8, 52(53), 2, n. 23, fo. 524v) osservava che «consuetudo sicut statutum introducitur ex consensu populi, vel maioris partis», con la differenza che nel secondo caso il consenso era «*expressum*», mentre nel primo era «*tacitum*». Il principio maggioritario, pertanto, andava applicato in entrambe le ipotesi. Come poteva darsi il caso che tra i "cives" – i quali «tractant de faciendo statuto et in hoc consentiunt quasi omnes, vel maior pars» – ve ne fossero alcuni che si opponevano (ma ciò non di meno si era in presenza di un valido «statutum»), altrettanto andava affermato in tema di consuetudine, destinata a sorgere «dummodo maior pars consenserit». La ratio di questo principio era spiegata da Filippo Decio il quale notava che per dare vita ad una consuetudine non si richiedeva «quod omnes praecise deberent consentire» dal momento che «utilitas ecclesiae saepe numero impeditur, cum homines facile dissentiant». Proprio sotto questo profilo – del perseguimento, cioè, dell'utilitas ecclesiae – «non videtur differentia inter statutum et consuetudinem». Cfr. PHILIPPI DECII, *In titulum de Regulis iuris commentaria*, cit., ad D. 50, 17, 160,1, n.3, p. 399.

particolare si richiedesse in maniera espressa la semplice maggioranza dei consensi. Accanto a questa ipotesi di possibile contrasto diretto con la “*voluntas legis*”, l’Abate Siculo ricordava un’ulteriore limitazione alla possibilità per un collegio (con riferimento specifico a quelli ecclesiastici) di imporre per le delibere future l’unanimità dei consensi: ciò avveniva ogniqualvolta attraverso siffatta unanimità «*impediretur utilitas ecclesiae*»⁽⁵⁴⁾. Ed invero, egli proseguiva, «*si nunquam possent omnes esse concordēs*», laddove «*instat necessitas, vel utilitas ecclesiae*», era da ritenere che la delibera fosse perfetta ancorché presa «*a maiori parte*»⁽⁵⁵⁾. Risulta chiaro, in questi termini, come la possibilità di ledere l’*utilitas Ecclesiae*, andasse accostata, se non addirittura sussunta nel divieto di contravvenire allo *ius commune*.

Altra ipotesi, non del tutto dissimile, in cui si riteneva non trovasse applicazione la regola per cui «*quod facit maior pars, presumuntur omnes facere*» era quella in cui la decisione del collegio «*contineret evidentem iniquitatem*», come nel caso – esemplificato da Paolo di Castro – in cui la maggioranza «*denegat facere pactum*», ma il suo effettivo intendimento era quello di agire così «*magis propter odium aliorum*»: in questa circostanza, notava ulteriormente il Castrense, doveva riconoscersi alla minoranza la possibilità di appellare, ancorché «*sit iste actus extraiudicialis*». Ed anche se «*de iure civili parum reperitur ut possit appellari*», non andava trascurato il fatto che in ambito canonistico si rinvenivano «*multa iura*» su cui fondare un assunto del genere⁽⁵⁶⁾. Ma anche «*in his quae continent delictum*», notava lo

⁽⁵⁴⁾ In ambito civilistico il medesimo concetto era espresso in termini di “pubblica utilità”. V., in questo senso, AYMONTIS CRAVETTAE, *Consiliorum pars prima et secunda*, Venetiis 1552, pars I, cons. CXCIV, n. 8, fo 173v, il quale richiamando l’insegnamento del Preposito, contenuto nel commento ad X. 2, 28, 45 (che a sua volta si rifaceva al Panormitano), notava: «*quinimo cum fiat ob publicam utilitatem debet sufficere maior pars, licet statutum caveatur quod omnium consensus requiratur*».

⁽⁵⁵⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X. 2, 28, 45, n. 8, fo. 143 ove si rileva: «*notabis bene quod isti de universitate possunt statuere ut non valeat actus nisi habeatur omnium consensus, nec est contra ius commune, ex quo a principio hoc voluerunt omnes, hoc procedit nisi in actu esset a iure praedita certa forma, ut valeat actus a maiori parte etc. ut in cap. ‘quia propter’, <extra>, de electione <et electi potestate> [X. 1, 6, 42], vel nisi propter istam reformationem impediretur utilitas ecclesiae. Quid enim si nunquam possent omnes esse concordēs, et instat necessitas, vel utilitas ecclesiae, tunc putarem actum valere a maiori parte...»». Per la stessa ragione, prosegue il Panormitano, «*e contra potest universitas statuere, ut valeat actus gerendus a pluribus de universitate, licet non faciant maiorem partem totius universitatis, sed sint plures partium comparatione minoris*» ed a sostegno della sua affermazione invoca la glossa («*quam semper tenebis menti*») ad VI. 1, 6, 23: in caso contrario, infatti, «*non valet quidquid faciunt plures de universitate, nisi constituent maiorem partem totius universitatis*». Considerazioni analoghe si ritrovano anche in PHILIPPI DECII, *In titulum de Regulis iuris commentaria*, cit., ad D. 50, 17, 160,1, n.2, p. 399.*

⁽⁵⁶⁾ PAULI CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1582, ad D. 1, 14, 7, 19, n. 5, fo. 58r.

stesso giurista, non era consentito, «*in actibus collegialibus*», che la decisione presa dalla maggioranza dei membri potesse nuocere «*minori non consentienti vel absentibus*»⁽⁵⁷⁾. La minoranza, infatti, spiegava da parte sua Pietro d'Ancharano, non era tenuta «*sequi maiorem [partem]*», quando questa «*abutitur iure suo, puta delinquendo*»⁽⁵⁸⁾. Altrettanto poteva dirsi qualora «*omnes de capitulo*» avessero voluto agire, in qualche modo, «*contra privilegia vel consuetas constitutiones suas*». Laddove un comportamento siffatto si poteva risolvere «*in damnum ecclesiae*» era sufficiente che uno solo dei membri si opponesse, perché il “*superior*” potesse (e dovesse) revocare la delibera lesiva⁽⁵⁹⁾. Ancor più radicale, a questo proposito, si presentava la posizione sostenuta da Paolo di Castro il quale rilevava che quando la delibera «*tendit ad damnum*» era assolutamente necessario il consenso dell'intera corporazione, dal momento che, a suo avviso, la «*contradictio*» anche di uno solo comportava, come conseguenza che l'atto compiuto non venisse assunto come «*gestum ad universitatem*»⁽⁶⁰⁾.

4. – Un altro elemento che il Bombini adduce, nella sua argomentazione elaborata per sostenere le ragioni dello studente spagnolo, si fonda sul principio secondo cui «*quando factum tangit omnes, oportet ut ab omnibus sit approbatum, alias non confirmatur ex parte eius, qui non comprobavit, unde maior pars non praedudicat minori*»⁽⁶¹⁾. Com'è facile rendersi conto, in

(57) PAULI CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., ad D. 1, 14, 7, 19, n. 6, loc. ultim. cit.

(58) PETRI DE ANCHARANO, *Consiliorum partes duo*, Venetiis 1490, cons. X, fo. a5verso ove si sottolinea il parallelo tra la delibera collegiale con l'utilizzazione della *res* comune «ad usum destinatum» ed al contempo si mette in evidenza l'irrelevanza della volontà della maggioranza, come avviene quando l'uso della cosa è «*insolitum*» e per di più comporta un «*gravamen singulorum*».

(59) INNOCENTII IV P.M., *Commentaria super libros quinque Decretalium*, Francofurti ad Moenum 1570, ad X. 5, 35, 15, n. 7, fo. 534r.

(60) PAULI CASTRENSIS, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis 1582, ad CJ. 1, 2, 10, n. 6, fo. 6v ove, sulla scorta del pensiero di Guglielmo da Cuneo, si osservava: «*si maior pars capituli consensisset, et minor contradixisset adhuc non fieret praedudicium ecclesiae, nec obstat l. 'quod maior' <ff.>, ad municipalem <et de incolis> [D. 50, 1, 19], quia debet intelligi de his quae tendunt ad utilitatem, vel saltem non tendunt ad damnum, et tunc quod maior pars fecit, videtur fecisse totum capitulum, vel universitas. Sed quando tendit actio ad damnum, requiritur quod omnes concordent et contradictio unius faceret ne videatur gestum ad universitatem. Quod perpetuo tene menti: quia raro reperies alibi hoc dictum et est pulchra limitatio ad legem illam.*».

(61) BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 33, p. 88. A sostegno dell'assunto vengono invocate sia fonti civilistiche sia canonistiche. Tra le prime vanno ricordate: CJ. 5, 59, 5, 2 (che si riferisce ad una pluralità di tutori ed in cui è contenuta l'espressione «*quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur*»), D. 39, 3, 10, pr. ed ivi la Glossa “*omnium*” che rinvia alla Glossa “*eius aquae*” ad D. 39, 3, 8, nonché la Glossa “*quod maior curiae*” ad D. 50, 1, 19 ove, accanto alla menzione di ulteriori fonti normative, si

questi termini si faceva esplicito riferimento a quella regola “*quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*” inserita tra le “*regulae iuris*” in appendice al *Liber Sextus* di Bonifacio VIII, ma la cui derivazione – già lo rilevava Bartolo⁽⁶²⁾ – era innegabilmente romanistica. Al di là dei vari significati (distinti, se non addirittura contrapposti) che certa ricostruzione storica moderna ritiene di poter rinvenire nella testé accennata R.J. 29⁽⁶³⁾, ci sembra più opportuno, all’opposto, prenderla in esame alla luce delle conclusioni cui era pervenuta la dottrina, tanto dei legisti quanto dei canonisti, fra i primi anni del ‘300 e l’inizio del XVI secolo.

Uno dei primissimi commentatori di questa regola giuridica – quel Dino da Mugello, cui viene tradizionalmente attribuita la stessa formulazione delle 88

afferma che «quandoque tamen maior pars non potest praeiudicare minori». Con riferimento al *Corpus iuris canonici* il Bombini menziona la decretale di Innocenzo III “*Quum omnes*” (X. 1, 2, 6) il cui *summarius* afferma: «non valet constitutio collegii in damnum aliquorum et commodum aliorum, cessante rationabili causa». Per l’indicazione di ulteriori fonti civilistiche di analogo contenuto v. GIACCHI, *La regola “quod omnes tangit” nel diritto canonico (can. 101, §1, n. 2 C.J.C)* in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Milano (Giuffrè) 1953, vol. I, p. 344, nota 3 ed ora in *Id.*, *Chiesa e Stato nell’esperienza giuridica (1933-1980)*, Milano (Giuffrè) 1981, vol. I, *La Chiesa e il suo diritto. Religione e Società*, p. 164, nota 3.

⁽⁶²⁾ BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super prima Codicis expolita commentaria*, Venetiis 1526, ad CJ. 5, 59, 5, fo. 191v ove si afferma: «si sunt plures tutores in quolibet actu unius auctoritas sufficit, nisi in eo per quem finitur tutela. Hoc dicit. Noto hunc textum unde sumitur regula iuris ‘quod omnes tangit, etc’».

⁽⁶³⁾ V. GIACCHI, *Op. cit.*, pp. 165 sgg., il quale – sottolineando il «carattere generalissimo» di tutte le *regulae juris* contenute nelle Decretali bonifaciane – ravvisa in essa, innanzi tutto, il «principio di fondamentale importanza per la formazione delle consuetudini costituzionali dell’Europa medioevale, secondo il quale alle deliberazioni che interessano una collettività debbono partecipare tutti coloro che vi appartengono» o, comunque, il «maggior numero possibile dei membri di essa» in quanto tanto più «larga sarà la partecipazione» dei membri della comunità tanto più verrà posta in rilievo «attraverso la volontà della maggioranza, la volontà stessa di tutto il collegium». Non ostante il richiamo alla regola “*quod omnes tangit*” contenuta in una lettera del 1295, inviata dal Re Edoardo I d’Inghilterra all’Arcivescovo di Canterbury (*ibid.*, p. 166, nota 8), non ci pare che la dottrina, né canonistica, né civilistica, abbia mai invocato questo principio giuridico per giustificare la necessità di convocare tutti gli aventi diritto alle riunioni delle assemblee cittadine o dei collegia: come sopra si è veduto si faceva capo soprattutto a D. 3, 4, 3 ed a CJ. 10, 32(31), 45. Un secondo significato racchiuso – sempre secondo il Giacchi – nella regola “*quod omnes tangit*” è dato da una «norma procedurale, nel senso che debbono essere chiamati ad intervenire nel giudizio che si svolge circa un determinato rapporto, tutti coloro che vi hanno interesse». Questo principio, anch’esso di derivazione romanistica (v. D. 42, 1, 47) veniva riassunto – già in un anonimo *Apparatus* alla *Compilatio Tertia* (2, 19, 6 sub voce “*Archiepiscopum*”) nella formula “*omnes vocari debent quod causa tangit*”. Come si vedrà nel prosieguo del testo, questo altro non appare – secondo la dottrina medioevale – se non un’applicazione della regola generale all’ipotesi in cui l’*omnes* stia ad indicare un insieme di *singuli* titolari o contitolari di un determinato rapporto giuridico.

Regulae iuris accolte nelle Decretali bonifaciane⁽⁶⁴⁾ – enunciò, in perfetta assonanza con la Glossa al *Liber Extra*⁽⁶⁵⁾, una fondamentale distinzione destinata ad essere accolta da tutti gli autori successivi. Per risolvere, infatti, l'apparente contrasto tra la necessità di una unanimità di consensi, quale era previsto dal testo che commentava, ed il principio maggioritario enunciato non solo dalle fonti romanistiche, ma anche da svariate decretali⁽⁶⁶⁾, il Mugellano osservava che «*in eo quod est commune pluribus ut universis statur voluntati maioris partis*», mentre «*in eo quod est commune pluribus ut singulis requiritur singulorum consensus*»⁽⁶⁷⁾, salvo talune eccezioni espressamente previste dalla legge⁽⁶⁸⁾. Risulta abbastanza chiara nel pensiero di Dino da

(64) Cfr., per tutti, VAN HOVE, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici*², Mechliniae-Romae 1945, p. 365.

(65) Glossa "*Constitutum*" ad X. 1, 2, 6: «*dicas quod si aliquid est commune pluribus, non ut collegiatis, sed ut singulis, quod fit a maiori parte illorum, nihil valet nisi omnes consentiant, ff., de servitutibus praediorum rusticorum, l. 'per fundum'* [D. 8, 3, 11].... Si vero sint plures, ut collegium, distingue si aliqua facienda sunt ex necessitate, ut alienationes, electiones et similia: sufficit quod maior pars facit, infra, de his quae fiunt a maiori parte capituli, <cap.> '*cum in cunctis*' [X. 3, 11, 1], dum tamen alii absentes vocentur, infra, de electione <et electi potestate>, cap. '*quod sicut*' [X. 1, 6, 28] et cap. '*venerabilem*' [X. 1, 6, 34]. In aliis quae ex necessitate non fiunt, qualia erant ista, quae isti faciebant, nihil potest fieri, nisi omnes consentiant ut hic et in praedicta l. '*per fundum*' <ff., de servitutibus praediorum rusticorum> et debent consentire ut collegium, non tamquam singuli: argumenta, infra, eodem <titulo>, cap. '*Cum Martinus ferrariensis*' [X. 1, 2, 9], et infra, de electione <et electi potestate>, cap. '*in Genesi*' [X. 1, 6, 55]»

(66) Giasone del Maino, per fare un esempio, menzionava a questo proposito X. 3, 11, 1 (..quod pluribus et sanioribus fratribus visum fuerit, incunctanter debeat observari...); X. 1, 6, 42 (..maior vel sanior pars capituli); X. 1, 6, 29 (..sine consensu totius capituli, vel maioris et sanioris partis ipsius..) ed X. 1, 3, 14 (..quamvis plures sint ex una parte quam ex altera..), aggiungendo, ad integrazione di questi testi normativi, la Glossa '*plures*' ad X. 1, 3, 14 nonché la Glossa '*tractatus*' ad VI. 3, 9, 1 (IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 7, 19, fo. bb8 verso).

(67) DYNİ MUXELLANI, *De regulis iuris*, Venetiis 1495 ad VI, 5, r.j. 29, fo. Ljj recto: «Sed oppono et videtur quod sufficiat consensus maioris partis ut ff., ad municipalem <et de incolis>, <l.> '*quod maior*' [D. 50, 1, 19] et de <diversis> regulis iuris <antiqui>, l. '*aliud*', § '*refertur*' [D. 50, 17, 160,1] et C., de decurionibus <et filii eorum et qui decuriones habentur quibus modis a fortuna curiae liberentur>, <l.> '*nominationum forma*' [CJ. 10, 32(31), 45]. Sed facilis est, solvo quia in eo quod est commune pluribus ut universis statur voluntati maioris partis ut in lege in contrarium allego. In eo vero quod est commune pluribus ut singulis requiritur singulorum consensus ut hic et dicta l. '*per fundum*' [D. 8, 3, 11] et l. '*receptum*' [D. 8, 4, 19] cum suis similibus».

(68) Se, invero, Dino da Mugello osservava che «fallit ista pars solutionis» nelle ipotesi disciplinate da D. 2, 14, 8, da D. 11, 7, 41, nonché da D. 27, 10, 7, 3 (DYNİ MUXELLANI, *De regulis iuris*, cit., loc. ultim. cit.), Bartolo da Sassoferrato, per contro, estendeva ad altre ipotesi siffatte "*fallentiae*": «dico quod sunt plures alii casus in quibus fallit. Primus quando quis vult uti re ad eum usum ad quem est destinata ut l. '*in tantum*', § '*in commune*', supra, de divisione rerum <et qualitate> [D. 1, 8, 6] et supra, communi dividundo, l. '*edes*' [D. 10, 3, 12] et de usufructu <et quemadmodum

Mugello la contrapposizione tra una pluralità di soggetti collegati tra di loro unicamente dalla circostanza estrinseca di essere contitolari, ad esempio, del diritto di proprietà su di un fondo o di una servitù di acquedotto⁽⁶⁹⁾ e l'insieme degli appartenenti ad un'*universitas*, ossia i membri di un *corpus*, che agivano, pertanto, secondo le regole proprie del *collegium*, la cui volontà sorgeva e si manifestava sulla base del principio maggioritario⁽⁷⁰⁾.

Questa contrapposizione trovava un ulteriore approfondimento nella elaborazione dottrinale di Sinibaldo dei Fieschi, il quale ad integrazione della dicotomia tra ciò che è «*commune pluribus*», non solo *in singulis* ma

quis utatur fruatur», l. 'arboribus', § 'navis' [D. 7, 1, 13, pr.]. Fallit etiam favore administrationis pupilli bonorum vel debitoris absentis vel fugientis, ut l. 3, § finali, supra, de administratione <et periculo> tutorum <et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus> [D. 26, 7, 3, 9] et supra, de curatore bonis dando, l. 2, in principio [D. 42, 7, 2 pr.] et de rebus auctoritate iudicis possidendis <seu vendundis>, l. finalis, in principio [D. 42, 5, 39 pr.]. Tertio fallit favore dirimendarum litium, ut supra, de re iudicata <et de effectu sententiarum et de interlocutionibus>, l. 'duo ex tribus' [D. 42, 1, 39] et l. 'item si unus', § finali, supra, de <receptis: qui> arbitrium <receperint ut sententiam dicant> [D. 4, 8, 17, 7]. Fallit etiam in casu l. 'si plures' [rectius: 'si fratres'], supra, pro socio [D. 17, 2, 53], sed possumus dicere quod ibi est favor liberationis et sic claudatur sub exceptione. Dynus tamen in casu etiam si omnes nemine contradicente consentirent, non valeret quod actum est ut si facerent lege prohibente, ut l. 'iubemus', § 'scientes', C., de sacrosantis ecclesiis <et de rebus et privilegiis earum> [CJ. 1, 2, 14, 1]. Non sunt alia.» (BARTOLI A SAXOFERRATO, *Super secunda Digesti novi expolita commentaria*, cit., ad D. 50, 1, 19, fo. 251r.)

(69) DYNUS MUXELLANI, *De regulis iuris*, cit., ad VI. 5, r.j. 29, loc. ultim. cit. in cui si osserva, a questo proposito, che «exemplum poni potest in omni eo quod est commune pluribus tanquam singulis. Ut ecce si plures habent fundum communem et volunt constituere servitutem fundo oportet omnium consensum intervenire alias defectus unius reddit constitutionem inutilem, ut ff., de servitutibus praediorum rusticorum [rectius: communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum], l. 'receptum' [D. 8, 4, 18]. Item si plures habent servitutem aque ducende ex eodem fonte et dominus velit concedere alii cum diminutione iuris primorum non poterit sine consensu primorum alias si ius primorum non constitueret deterius non requireretur eorum consensus ut ff., de servitutibus praediorum rusticorum, l. 1, § 'ductus aque' et § 'si aque ductus' [D. 8, 3, 1] et l. 'per quem locum' [D. 8, 3, 14] et communia praediorum <tam urbanorum quam rusticorum>, l. 'receptum' [D. 8, 4, 18] et de aqua <et aquae> pluviae arcendae, l. 'in concedendo' et l. 'in diem' et l. 'si autem' [D. 39, 3, 8-10].

(70) Un concetto di tal genere, del resto, è ribadito dal Decio, quando afferma che «in facto universitatis vel collegii non agitur de interesse singulorum l. 'in tantum', § 'universitatis', ff., de divisione rerum <et qualitate> [D. 1, 8, 6], l. 'sed si hac', § 'qui manumittitur', ff., de in ius vocando [D. 2, 4, 10,] et ideo maior pars sufficit, quia representat totam universitatem, dicta l. 'quod maior'. Et ista ratio etiam militat in actibus voluntariis: ergo etiam in illis sufficit factum a maiori parte» (PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 29, fo. 19v.). Da parte sua Giasone del Maino tende ad identificare la posizione attinente alle cose che «sunt universitatis, collegii vel communitatis» con quella delle cose che «sunt communia pluribus ut universis» (IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 7, 19, fo. bb8 verso)

anche *ut collegiatis*, aggiungeva – anch’egli sulla scorta della glossa⁽⁷¹⁾ – che nell’ambito di un collegio si doveva differenziare l’ipotesi in cui «*sint aliqua facienda ex necessitate vel utilitate ecclesiae*» – in cui operava il principio maggioritario – da quella in cui, all’opposto, la corporazione (nel caso concreto il capitolo) agisse esclusivamente «*propter utilitatem canonicorum*». In quest’ultimo caso era, infatti, indispensabile che «*omnes consentiant*» perché si trattava di una situazione del tutto assimilabile a quella su accennata, in cui veniva in rilievo «*quod ad singulos ut singulos pertinet*»⁽⁷²⁾.

L’elemento discriminante tra deliberazioni da prendersi all’unanimità e quelle per cui era sufficiente la maggioranza, era dato, appunto, dal venire o meno direttamente in rilievo quell’interesse che oggi definiremmo pubblico e che la canonistica enunciava attraverso l’espressione “*utilitas vel necessitas ecclesiae*”⁽⁷³⁾. Da questa conclusione, del resto, non si discostava Bartolo da Sassoferrato quando contrapponeva la situazione in cui i membri del collegio «*faciunt aliquid ad utilitatem communem ipsius universitatis*», rispetto a quella in cui agivano «*ad utilitatem singulorum*», nel qual caso era necessaria l’unanimità dei consensi⁽⁷⁴⁾ e la ragione era spiegata con maggiore precisione dal Decio, il quale notava che «*consensus eius requiritur, cuius ius minuitur*»⁽⁷⁵⁾. Quando, anche nell’ambito di un collegio, poteva essere

⁽⁷¹⁾ V. *supra*, nota 65.

⁽⁷²⁾ INNOCENTII IV P.M., *Apparatus super V libros Decretalium*, cit., ad X. 1, 2, 6, fo. a3recto: «Sed ex aliis que ex necessitate vel utilitate non fiunt, sed propter utilitatem canonicorum tantum, puta cum dividitur prebenda, non valet nisi omnes consentiant, quia pro eodem est ac si ageretur de iure quod ad singulos ut ad singulos pertinet, ut habetur et l. ‘per fundum’, secus autem dicerem si hec constitutio vel etiam divisio prebendarum fieret pro utilitate ecclesie, quia tunc sufficeret maior pars, infra, de his que fiunt a maiori parte capituli, cap. finale [X. 3, 11, 4] et tunc consentire debent tanquam collegium non tanquam singuli, infra, eodem <titulo, cap.> ‘cum M. <ferrariensis>’ [X. 1, 2, 9]».

⁽⁷³⁾ Per un’equiparazione, in ambito canonistico, dell’*utilitas* alla *necessitas Ecclesiae*, v. PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, secunda lectura, n. 45, fo. 22v, ove si invoca in proposito l’autorità del Cardinale Zabarella e del Panormitano. Sull’argomento v. anche IASONISA MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 7, 19, fo. cc1recto, ove si sottolinea come appaia preferibile l’opinione «quod multi tenent et forte melius» secondo cui «sive sit necessitas collegii sive utilitas tantumillud quod maior pars facit preiudicat minori». Cfr. altresì BALDI UBALDI, *In primam et secundam Infortiati partem commentaria*, Venetiis 1577, ad D. 27, 8, 1 pr., n. 2, fo 41v, il quale, nell’ambito degli atti che «pertinent ad universitatem», affianca (e parifica) a quelli che si compiono «de necessitate», quelli che sono «de consuetudine»: per tutti è sufficiente la volontà della *maior pars*.

⁽⁷⁴⁾ BARTOLIA SAXOFERRATO, *Super secunda Digesti novi expolita commentaria*, cit., ad D. 50, 1, 19, fo. 250v sg.

⁽⁷⁵⁾ PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 21, fo. 19r. Molto simile, del resto, è l’espressione della glossa “*qui aliquid*” ad Decr., I, 54, 1 dovuta a Giovanni Teutonico: «cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri ut consentiant»: cfr. GIACCHI, *Op. cit.*, p. 169 ed ivi nota 14.

intaccata in qualche modo la posizione giuridica di uno o di tutti i singoli membri, era evidente che ciò non poteva avvenire, contro la loro volontà, mediante una semplice delibera assunta a maggioranza.

Particolarmente significativi, a questo proposito, appaiono taluni esempi offerti dalla dottrina. In tema di elezioni – materia, questa, che pure veniva fatta rientrare, assieme alle «*alienationes, institutiones et similia*», tra quegli atti che venivano compiuti «*ex necessitate vel utilitate ecclesiae*»⁽⁷⁶⁾ – il Panormitano si poneva il problema se una parte dei membri del capitolo potesse «*vota sua in alium, etiam forinsecum a collegio, compromittere*», attribuendo, in altri termini, a questo soggetto il potere di operare l'elezione. La sua risposta era negativa: «*ut valeat compromissum super electione* – egli affermava – *oportet ut nemo dissentiat*» e questo per la ragione che in siffatta ipotesi «*tractatur de praeiudicio iuris singulorum*», dal momento che i membri del capitolo venivano ad essere privati della facoltà «*vocis dandae*»⁽⁷⁷⁾. Nel caso dell'elezione “per compromissum”, infatti, si era in presenza di un atto «*non necessario nec consuetudinario*», in cui, come osservava Giasone del Maino, «*illi soli obligantur qui consenserunt*» e non l'intero «*collegium*», nulla rilevando che i consenzienti costituissero la «*maior pars*» dello stesso⁽⁷⁸⁾. Il Sandeo approfondendo ulteriormente questi concetti, osservava – sulla scorta di Sinibaldo dei Fieschi – che, di regola, «*non valet transactio capituli, nisi omnes consentiant*», dal momento che si trattava di un «*actus voluntarius*», a meno che (e la limitazione merita di essere sottolineata) non «*tendat evidenter in utilitatem ecclesiae*»⁽⁷⁹⁾. In mancanza di questo elemento, infatti, come insegnava Baldo degli Ubaldi, la cui opinione appare condivisa dallo stesso Sandeo, doveva valere il principio generale per cui «*in actu non necessario, nec consueto, illi soli obligantur, qui consenserunt*» e non «*totum collegium, etiamsi maior pars consensisset*». Così nell'ipotesi in cui fosse stata comminata una condanna contro il «*syndicum constitutum a maiori parte in casu*

⁽⁷⁶⁾ INNOCENTII IV P.M., *Apparatus super V libros Decretalium*, cit., ad X. 1, 2, 6, loc. ultim. cit.

⁽⁷⁷⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria in tertiam secundi Decretalium libri partem*, cit., ad X. 2, 28, 45, n. 6, fo. 142v sg. ove si sottolinea come quello su enunciato vada inteso quale principio generale, applicabile «*in omnibus actibus universitatis*».

⁽⁷⁸⁾ IASONIS A MAYNO, *In primam partem Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 7, 19, fo. cc1 recto.

⁽⁷⁹⁾ Analogamente appare il pensiero del Sandeo, come risulta dalla soluzione che egli dà alla questione «*utrum maior pars universitatis possit per impositionem oneris gravare singulos de universitate*» Nel caso, infatti, in cui ciò avvenga «*ex causa necessaria*», a suo avviso, la risposta non può essere che positiva; negativa, all'opposto, se si opera «*ex causa voluntaria*», come nell'ipotesi di concessione di una fideiussione (FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.18, col. 110).

non necessario», sarebbero stati vincolati alla medesima i «*solī constituentes*» ed altrettanto era da dirsi ove si fosse posto in essere un atto non necessario né utile alla Chiesa, in seguito al quale i membri del collegium fossero incorsi «*in poenam pecuniariam*»: anche qui «*tenentur*», unicamente coloro che avevano consentito a porlo in essere⁽⁸⁰⁾.

Non bisogna trascurare, d'altro canto, come insegnava Innocenzo IV, che la medesima decisione capitolare, pur rientrando nel novero di quelle che «*ex necessitate vel utilitate non fiunt*», poteva richiedere l'unanimità dei consensi se mirante a perseguire esclusivamente l' «*utilitatem canonicorum*», come nel caso in cui si procedesse alla divisione delle prebende, dal momento che «*ageretur de iure quod ad singulos ut ad singulos pertinet*». Ma se, all'opposto, la «*constitutio vel etiam divisio prebendarum fieret pro utilitate ecclesiae*», sarebbe stata sufficiente una decisione maggioritaria: in questo caso, invero, i membri del capitolo «*consentire debent tanquam collegium non tanquam singuli*»⁽⁸¹⁾. E la dottrina canonistica dell'epoca aurea, accogliendo questo principio, osservava che la regola iuris «*quod omnes tangit*» non veniva in rilievo «*quando maior pars statueret aliquid utile, quamvis non necessarium*» come nel caso in cui venissero destinati «*in subsidium pauperis studentis*» alcuni dei beni comuni del capitolo. Ben diversa – all'opposto – sarebbe stata la situazione ove fossero state intaccate le singole prebende, a meno che non si trattasse di redditi sovrabbondanti, in quanto eccedenti le stesse finalità del beneficio, perché quest'ultimo caso veniva parificato a quello dell'uso 'naturale' della cosa comune da parte di uno dei comproprietari⁽⁸²⁾ che – sulla base di quanto stabilito in tema di servitù da D. 8, 3, 11 – poteva avvenire anche senza il consenso degli altri. Tuttavia anche in una situazione di questo genere, non mancava chi, come Felino Sandeo, il quale metteva in rilievo, riprendendo il pensiero di

⁽⁸⁰⁾ FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.17, col. 107.

⁽⁸¹⁾ INNOCENTII IV P.M., *Commentaria super libros quinque Decretalium*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.3, fo. 3r. V. *supra* nota 72.

⁽⁸²⁾ FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.18, loc. ultim. cit.: «Hanc fallentiam declarat Ioannes Andreae in dicta regula '*quod omnes*' et hic ut non procedat, quando maior pars statueret aliquid utile, quamvis non necessarium. Nam concludit post Compostellanum et Hostiensem quod maior pars potest deputare aliquid de bonis communibus in subsidium pauperis studentis invita parte minori, quia hoc est utile ecclesiae. Secus si deputaret de singularibus prebendis, secundum Ioannem Andreae. Sed [Ioannes ab] Imola et Dominicus [de Sancto Geminiano] dicunt idem de bonis prebendarum, quando superfluerent, maxime quia est hoc concedere ad usum naturale, secundum eos dicentes ita tenere dominus Antonius [de Butrio]». Sul punto v. anche PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 23, fo 19r.

Bernardo Compostellano, la possibilità di configurare comunque l'esistenza di un'*utilitas Ecclesiae*, ancorché non presente, ma certamente futura, «*attenta qualitate clerici studentis et paucitate literarum*»⁽⁸³⁾.

Si può osservare, in definitiva, che la regola "*quod omnes tangit*", con riferimento alle *universitates*, veniva assunta dalla dottrina, come strumento di tutela dei diritti individuali, spettanti sì agli appartenenti al *collegium*, ma nella loro posizione di autonomi soggetti di diritto e non come partecipanti alla corporazione⁽⁸⁴⁾; siffatta tutela per di più, andava sempre temperata con il superiore interesse pubblico, che per i canonisti era da identificarsi con il *bonum Ecclesiae*.

(83) FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n.18, loc. ultim. cit.: «Tamen dicerem, sicut dicit Compostellanus, attendendum esse in facto, utrum probabiliter speretur hoc futurum in utilitatem ecclesiae attenta qualitate clerici studentis et paucitate literarum».

(84) Lo stesso BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, nn. 33 e 34, p. 88, riconosceva come la sua argomentazione fondata sulla regola iuris "*quod omnes tangit*" poteva non essere del tutto sostenibile, ed infatti notava che «hoc fundamentum regulariter procedit, quando factum est commune pluribus ut singulis, secus quando factum est commune pluribus ut universis, ut in casu nostro, nam tunc licet factum ab omnibus non sit approbatum, tamen est perfectum in totum, eo quia illud, quod maior pars facit, omnes facere videntur». Per contro il BOMBINI (*Op. cit.*, cons. XIII, nn. 35 e 36, p. 89) sottolineava come la *fictio iuris* in base a cui la decisione presa a maggioranza si considerava assunta come se tutti i membri dell'*universitas* avessero espresso il loro consenso «non debet habere locum in casu nostro, eo quia tractamus de materia odiosa, nam tractatur de penitus casu nostro antiquo statuto, quod odiosum est», dal momento che «fictio, in odiosis... non habet locum». A sostegno di tale affermazione citava la Glossa "*Casus, § quidam in testamento*" ad D. 40, 4, 51, il commento di Giasone del Maino ad CJ. 2, 4, 41 nonché quello di Bartolo da Sassoferrato sia a D. 1, 1, 9 sia alla rubrica 'de operis novi nuntiatione' [D. 39, 1] Per verità nel primo passo testè menzionato, Bartolo (*Super prima Digesti veteris expolita commentaria*, cit., ad D. 1, 1, 9, n. 62, fo. 14r sg.) affrontava un problema diverso e cioè «an statutum extendatur ad casum qui est idem secundum iuris fictionem non secundum veritatem» ed osservava in proposito che a favore della soluzione positiva si poteva invocare quanto stabilito in CJ. 6, 8, 2, a proposito del liberto «qui impetravit ius anulorum aureorum», il quale era «ingenuus» solamente «ficta et imaginaria» per cui la «lex constituta in ingenuo non habet locum in isto ingenuo ficte» come si poteva desumere da D. 27, 1, 44. Tuttavia Bartolo preferiva la soluzione opposta, «quia ad hoc ut illud quod est secundum fictionem comprehendatur in statuto necesse habet specialiter exprimi». Per quanto poi si riferiva al secondo testo di Bartolo sopra ricordato (*Super prima Digesti novi expolita commentaria*, Venetiis 1526, ad D. 39, 1, nn. 5 e 6, fo 2r), va rilevato che in esso si rinviene esclusivamente un accenno al tema dell'interpretazione degli statuti nei quali i vocaboli non andavano assunti «significatione magis larga et impropria», bensì «secundum propriam significationem» ed in una delle sue "*apostillae*" al questo passo (*ibid.*) Alessandro Tartagni notava che «idem etiam videtur dixisse Bartolus in penalibus», nel suo commento a D. 48, 2, 3.

5. – La tesi patrocinata da Bernardino Bombini, attraverso le argomentazioni sopra esposte, che l'elezione di Sozo non potesse essere considerata valida, di per sé non comportava – com'è ovvio – che l'elezione dello studente spagnolo, operata dalla minoranza degli appartenenti all'*Universitas iuristarum* dello Studio ferrarese, potesse in qualche modo essere produttiva di effetti. Per sostenere una conclusione di questo genere era necessario attribuire alla volontà della minoranza una forza tale da prevalere su quella espressa dalla '*maior pars*'. Allo scopo di raggiungere un risultato siffatto il giureconsulto cosentino (come si vedrà meglio in prosieguo) partiva dall'osservazione che «*quando minor pars habet iustam causam contradicendi; tunc attenditur illud quod est dispositum per minorem partem, non autem quod est per maiorem*»⁽⁸⁵⁾. Ciò in particolare si verificava allorché «*a paucioribus est aliquid rationabilius dispositum super actu, licet maior pars dissentiat*»: in questa ipotesi, invero, la «*minor pars scholarium*» assumeva il ruolo di maggioranza, dal momento che si doveva configurare quale effettiva «*maior pars*», quella «*ubi adest maior ratio et pietas*»⁽⁸⁶⁾. I motivi su cui il Bombini, nel caso concreto, fondava il suo assunto stavano nel fatto che l'elezione dell'*Hispanus* presentava un grado maggiore di *rationabilitas* in quanto, da un lato, era avvenuta «*secundum statutum et sic secundum legem*», e dall'altro perché appariva conforme alla *ratio* che informava la costituzione '*Habita*'- emanata, com'è noto, a Roncaglia da Federico I nel novembre del 1158 ed inserita in CJ. 4, 13, 5 – secondo cui, stando all'interpretazione che ne dava l'autore del *consilium*, «*quanto longinquiores sunt scholares, tanto magis promovendi sunt in dignitatibus studiorum*»⁽⁸⁷⁾.

Risulta chiaro che questa argomentazione (come si desume facilmente dalle stesse fonti normative invocate a suo sostegno) si ricollegava a principi giuridici sviluppatasi nell'ambito del diritto della Chiesa ed elaborati, con particolare finezza, dalla dottrina canonistica. Com'è noto, infatti, numerosi

⁽⁸⁵⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 13, p. 86, ove – richiamandosi soprattutto alla glossa '*concordem*' ad VI. 1, 6, 16 nonché alla dottrina canonistica in materia – si concludeva che «*ista minor pars scholarium habuit iustam causam contradicendi maiori parti, eo quia pro se habet statutum et sic legem*» con la conseguenza che «*eius dispositum attendere debemus et sic ille dicitur verus rector, quem fecit minor pars scholarium, non autem quem fecit maior*».

⁽⁸⁶⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, nn. 17-18, p. 86 ove – richiamandosi al canone 16 del secondo Concilio Lateranense del 1179, riportato in X. 3, 11, 1 – veniva ribadito che «*quando a paucioribus est aliquid rationabilius dispositum super actu, licet maior pars dissentiat, tamen paucioribus statum*».

⁽⁸⁷⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, nn. 18-19, fo. 86. L'espressione sopra riportata, per verità, non è desumibile dal testo della costituzione '*Habita*' la quale si limita ad accennare a coloro che «*causa studiorum peregrinantur*» e che «*amore scientie*» vengono ad essere «*facti exules de divitibus pauperes*» e che pertanto meritano una tutela particolare. Solamente attraverso un'interpretazione che in qualche modo si ricollegava alla *ratio* della legge si poteva pervenire all'affermazione che chi veniva da più lontano (e quindi 'peregrinava' di più) meritava un trattamento di maggior favore.

testi delle Decretali gregoriane richiedevano espressamente, per la validità delle delibere di organi collegiali, che esse venissero prese «*a maiori et saniori parte*»⁽⁸⁸⁾. Sebbene alcuni autori, come Sinibaldo dei Fieschi e Bernardo Compostellano ritenessero che la congiunzione “*et*” andasse intesa con il valore di “*id est*”, identificando, di conseguenza, in una sorta di endiadi, i concetti di “*sanior*” e di “*maior*”⁽⁸⁹⁾, la dottrina di gran lunga prevalente – all’opposto – giudicava necessario tenere distinti i significati di ‘*pars maior*’ e di ‘*pars sanior*’, dal momento che «*communiter iura copulative loquuntur de maiori et saniori*»⁽⁹⁰⁾. Qualora si fosse in presenza unicamente del requisito numerico collegabile alla ‘*maioritas*’, senza che lo stesso fosse accompagnato anche da quello della ‘*sanioritas*’, la conseguenza era, come veniva insegnato, che «*actus non tenet*», dal momento che (ci permettiamo di ripeterlo) «*requiritur copulative quod sit maior et sanior*»⁽⁹¹⁾.

Sul concetto di ‘*pars sanior*’, con particolare riferimento al tema delle elezioni, si soffermava la glossa ‘*non consenserit*’ ad X. 1, 6, 57, la quale sottolineava come, in questa ipotesi «*non semper standum est numero*» dal momento che «*plura consideranda sunt in electione*», e precisamente tre elementi: «*authoritas, zelus et numerus*». Ed invero oltre a quest’ultimo elemento, bisognava prendere in considerazione sia le caratteristiche degli elettori, o se si preferisce la loro ‘*authoritas*’, che risiedeva «*in dignitatibus et meritis vitae*». Secondariamente veniva in rilievo lo ‘*zelus*’, ovvero sia l’*animus* con cui si effettuava l’elezione, che doveva essere scevro da ogni «*carnali*

(88) Il principio, dapprima consuetudinario (come notato dal RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, p. 44 dell’estr.), fu sancito formalmente nel can. 16 emanato dal Concilio Lateranense III dell’anno 1179 ed attraverso la prima delle *Quinque Compilationes Antiquae*, pervenne a costituire l’attuale X. 3, 11, 1. Una terminologia analoga si rinviene, ad esempio, anche in: X. 1, 5, 35; X. 1, 6, 42; X. 1, 6, 55; X. 1, 6, 57; X. 3, 10, 6; X. 3, 11, 1. Si può rilevare, per contro, che in una Decretale di Innocenzo III, contenuta in X. 3, 11, 3 lo stesso concetto è espresso con le parole «*a maiori parte tam dignitate, quam numero*», formula – questa – che richiama quanto affermato dalla Glossa ‘*maior pars*’ ad D. 26, 5, 19 ove si legge: «*dic maior numero personarum, vel aetate vel dignitate vel autoritate*». Non va dimenticato, per altro, che certa dottrina civilistica riteneva applicabile questo principio all’ipotesi di parità di voti: v., *infra*, nota 111.

(89) Cfr. FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 18, col. 110 ove si espone come tanto «*Innocentius in dicto cap. ‘quia propter’*» quanto il «*Compostellanus in dicto cap. ‘ecclesia’ exponant ‘et’ pro ‘id est’, sed male*».

(90) Così, fra i molti, PHILIPPI DECI, *In Decretales commentaria*, cit., ad X. 1, 2, 6, secunda lectura, n. 49, fo. 22v. Per un’ampia panoramica della dottrina che seguiva la tesi indicata nel testo v., ad esempio, FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 18, loc. ultim. cit.

(91) FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 18, loc. ultim. cit. Lo stesso concetto, del resto era già stato accolto dalla glossa ‘*praesentes*’ ad X. 2, 27, 12 in cui si osservava che «*quod maior pars et sanior facit valet et canonicum reputatur*».

amore», come potevano essere l'amicizia o la consanguineità, perché (e questo era il terzo elemento) nell'effettuare la scelta del soggetto da eleggere era indispensabile tener conto esclusivamente del «*meritum vitae*» di costui⁽⁹²⁾, che come affermava un passo di S. Girolamo riportato da Graziano e richiamato dalla stessa glossa⁽⁹³⁾, doveva avere in «*semetipso spiritum Dei et praecepta Dei in conspectu eius*»⁽⁹⁴⁾. Appare opportuno, per altro, ricordare che – sempre secondo questa glossa – se non sorgevano problemi circa l'individuazione del numero – che «*patet*» – per contro, in relazione al complesso di tutti i vari elementi sopra ricordati, appariva doveroso operare una «*collatio*» e cioè «*zeli ad zelum, meriti ad meritum, numeri ad numerum*». Ne derivava, invero, che se in una elezione si contrapponesse, da una parte una «*dignitas et zelus*» prevalenti, tanto con riferimento agli elettori, quanto

⁽⁹²⁾ Il RUFFINI AVONDO (*Op. cit.*, p. 39 dell'estr.) osservava che mentre la *maioritas*, «non può che riferirsi agli elettori», per contro «la *sanioritas* in origine si riferiva all'eletto». Questo criterio, per verità, appare utilizzato in via suppletiva in Decr. I, 63, 36 là dove, ipotizzandosi una parità di voti fra gli elettori, si riteneva da preferire quell'eletto «qui maioribus iuvatur studiis et meritis». Sul significato delle due espressioni testè citate v. RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, pp. 41 sg. dell'estr.

⁽⁹³⁾ Cfr. Decr., II, 8, 1, 16. Circa l'*animus* che doveva muovere gli elettori, la glossa appare influenzata dalla decretate di Innocenzo III del 1198 contenuta in X, 3, 12, 1 in cui si legge: «circa carnalitem animi, quia non ex affectu carnali, sed discreto iudicio debuisti ecclesiasticum officium et beneficium in persona magis idonea dispensari».

⁽⁹⁴⁾ L'insegnamento della glossa era ripreso ed espresso in termini forse ancor più chiari tanto dal Panormitano quanto, dopo di lui, da Filippo Decio. Il primo (cfr. ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X, 1, 6, 57, nn. 11 e 12, fo. 217r), invero, dopo aver ribadito che la *sanioritas* «consistit in autoritate, in zelo atque merito» osservava che l'*authoritas* «consideratur in dignitatibus eligentium et in provectori aetate et in antiquiori institutione et in maioribus ordinibus», con la conseguenza che «praecellentes autem in praedictis, habent voces ponderosas». Con riferimento allo *zelus*, notava che il medesimo «consistit in animo, qua scilicet intentione elegerunt, an propter consanguinitatem et amicitiam, an corruptela, seu precibus vel ex merito ipsius electi». Dal momento, però, che lo «zelus consistit in animo», doveva essere provato «per coniecturas, quia animus aliter vere probari non potest». Raccogliendo un insegnamento di Sinibaldo dei Fieschi, d'altro canto, il Panormitano sottolineava come non fosse «multum curandum an meliori zelo aliqui elegerint, dummodo non fuerint ducti malo zelo» ed invero la *sanioritas* «non solum consistit in zelo, sed etiam in facto et operatione»: era l'elezione (operatio) che concerneva «proprie» il merito. Dovevano considerarsi *sanior* sia la parte che aveva eletto il migliore, tenendo conto «moribus et vita» dell'eletto, sia quella costituita da elettori «honestiores» e quindi «maioris meriti», i cui voti (voces), per questa ragione, divenivano «pinguiores». Da parte sua il Decio (cfr. PHILIPPI DECII, *In Decretales commentaria*, cit., ad X, 1, 2, 6, secunda lectura, n. 50, fo. 22v), in maniera più concisa, ma non per questo meno eloquente, ripeteva che «ista sanioritas consistit in tribus: primo in maiori auctoritate eligentium ut quia sint maiores dignitate, etate, vel gradu. Secundo consideratur in zelo, qui in animo consistit, videlicet ut non moveatur propter consanguineitatem, vel amicitiam. Tertio consideratur ex merito vite prius electi».

all'electo, e dall'altra esclusivamente un numero maggiore di voti, doveva prevalere la scelta operata dalla parte minoritaria, ma caratterizzata dalla «*dignitas cum zelo*» rispetto a quella della maggioranza numerica, dal momento che si doveva riconoscere come '*maior et sanior*' quella frazione di votanti che «*maiori zelo et maiori pietate movetur*»⁽⁹⁵⁾. La circostanza, poi, come insegnava un'altra glossa, che «*regulariter*» si doveva stare a quanto deliberato dalla '*pars maior*', in quanto questa, «*nisi contrarium probetur*» doveva essere presunta come quella che «*maiori ratione et pietate nititur*»⁽⁹⁶⁾, non veniva certamente a svuotare i principi sopra enunciati.

D'altro canto allo scopo di porre in risalto l'effettiva '*sanioritas*' vuoi della maggioranza, vuoi della minoranza, il Panormitano riteneva che quando un'*universitas* od un capitolo dovevano deliberare alcunchè, era necessario che ciò avvenisse mediante una votazione palese: in caso contrario era manifesta unicamente la '*pars maior*', ma non quella '*sanior*', mentre era opportuno porre in risalto la «*differentia in auctoritate vocum*», in quanto doveva avere un peso maggiore la «*vox prudentis*», rispetto a quella dell'«*in-*

⁽⁹⁵⁾ Glossa '*non consenserit*' ad X. 1, 6, 57, cit. ove si nota: «de numero patet. Dicas quod secundum ista debet fieri collatio zeli ad zelum, meriti ad meritum, numeri ad numerum, habito respectu ad dignitatem ut hic et supra, eodem <titulo>, '*in Genesi*' [X. 1, 6, 55]. Si enim ex una parte sit dignitas et zelus melior tam respectu eligentium quam electi et ex alia parte maior numerus, praevalere dignitas cum zelo ipsi numero, ut hic habes, argumenta, infra, de testibus <et attestationibus>, cap. '*in <nostra> praesentia*' [X. 2, 20, 32] quia hic erat maior numerus ab una parte, nec tamen statur numero, et hoc intelligo dummodo numerus non excedat multum, alias staretur numero, dum tamen electus esset sufficiens, supra, eodem <titulo>, cap. '*dudum*' 1 [X. 1, 6, 22] et, infra, de appellationibus <recusationibus et relationibus>, '*constitutis*' 1 [X. 2, 28, 23], sed hic maior et sanior pars censetur, licet numerus sit maior ex alia parte, nam illa pars dicitur maior et sanior quae maiori zelo et maiori pietate movetur, 40 dist. '*multi*', in fine [Decr., I, 40, 12, 1] et 9 dist. '*sana quippe*' [Decr. I, 9, 11] et argumenta 8, q. 1, '*si ergo*' [Decr., II, 8, 1, 16] et ff., de pactis, l. '*maiorem*' [D. 2, 14, 8]. Nell'ipotesi, invece in cui «ex utraque parte meritum par sit, standum est numero, licet ex alia parte sit auctoritas, argumenta C., qui bonis <cedere> possunt, l. ultima, § 2 [CJ. 7, 1, 8, 2] et sic zelus et numerus praeferuntur auctoritati in hoc casu». Qualora poi, osservava ulteriormente questa glossa, «si esset par zelus in meritis eligentis numerus et auctoritas hinc inde», in tale circostanza «recurrendum est tunc ad meritum electi, 63 dist., '*si forte*' [Decr. I, 63, 36] et cap. ultimo [?] ubi de hoc. Sed si omnia sint hinc inde aequalia, neutra electio valebit de iure, quia neutra facta est a maiori parte capituli...et sic utraque est cassanda.»

⁽⁹⁶⁾ Così: glossa '*rationabiliter*' ad X. 3, 11, 1. Considerazioni analoghe si rinven-
gono in ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium
librum*, cit., ad X, 1, 6, 57, n. 4, fo. 215v, ove si legge: «Noto...quod maior pars numero,
praesumitur sanior. Praesumitur enim in dubio pro numero, argum. cap. '*prudentiam*',
infra, de officio <et potestate iudicis> delegati [X. 1, 29, 21] et in cap. '*de quibus*',
20 dist. [Decr. I, 20, 3] concordat cap. '*dudum*' il primo, supra, eodem <titulo> [X. 1, 6, 22].
Haec tamen praesumptio admittit probationem in contrarium, ut hic probatur.»

sipientis, seu parum sapientis»⁽⁹⁷⁾. L'Abate Siculo, infatti, con un richiamo d'indubbio sapore umanistico, ricordava, sulla scorta di Plinio, che «*non debent solum numerari personae, sed ponderari sententiae*», in quanto non si può concepire nulla di così «*inaequale*» come il ritenere che «*ubi impar est prudentia, sit par ius*»⁽⁹⁸⁾. Del resto al concetto canonistico di *aequitas*⁽⁹⁹⁾ si richiamava, a questo proposito, Giovanni Antonio da San Giorgio, secondo il quale – come è stato scritto – «la pura legge del numero» bene si applicava in sede civilistica, in cui il *rigor iuris* imponeva di assumere ogni «*membrum particulare universitatis*», quale del tutto «*par in universitate*», mentre, in ambito canonistico, dove le norme erano informate ai principi dell'*aequitas*, si doveva «prendere in considerazione il valore intrinseco del voto di ogni membro»⁽¹⁰⁰⁾.

Com'è facile rendersi conto, non risultava sempre agevole, prescindendo dalla maggioranza numerica, individuare, nel caso concreto, quale fosse la *pars sanior*, dal momento che – come si è scritto – si trattava di criteri «irriducibilmente antitetici», i quali, anche se sommati l'uno all'altro, non potevano, tuttavia, dar luogo «ad un unico criterio» che li riassume e li comprendesse, essendo possibile, tra di loro, non «un'assimilazione, bensì soltanto un compromesso»⁽¹⁰¹⁾. È fuori discussione che non sorgessero difficoltà pratiche «quando la *maioritas* e la *sanioritas* si incontravano nella medesima *pars collegii*»⁽¹⁰²⁾. Il problema, invece, si poneva – come sottolineava il Panormitano – allorché, in presenza di due eletti entrambi idonei, «*numerus est pro una parte, autoritas vero et meritum pro alia parte*»⁽¹⁰³⁾. In un caso del genere, se la glossa, come sopra si è veduto, riteneva prevalente la *pars sanior*, ancorché inferiore per numero⁽¹⁰⁴⁾, all'opposto

⁽⁹⁷⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X. 1, 6, 57, n. 7, fo. 216r. Va rilevato, per altro, che nelle sue *additiones* al testo del Panormitano, s. v. *Sit sanior* Sebastiano Sapia osservava che ormai «per totum mundum practicatur quod voces dantur sive per fabas sive per lupinos, et ita pluries vidi factum per amplissimum collegium almae sapientiae novae Perusinae cuius fui et sum alumnus. Et illud quod dicit iste, quod non videtur quae sit sanior pars, non obstat quia ubi est maior numerus, ibi praesumitur sanior pars» (*ibid.*).

⁽⁹⁸⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X. 1, 6, 57, n. 7, loc. ultim. cit.

⁽⁹⁹⁾ Sull'influsso dell'equità romana nell'elaborazione dottrinale dell'*aequitas* canonica, v. CARON, 'Aequitas' romana, 'misericordia' patristica ed 'epicheia' aristotelica nella dottrina dell' 'aequitas' canonica (dalle origini al Rinascimento), Milano (Giuffrè) 1971.

⁽¹⁰⁰⁾ IOANNIS ANTONII DE SANCTO GEORGIO, *In primam Decretorum partem commentaria*, Venetiis 1579, ad Decr. I., 19, 6 citato da RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, p. 39 dell'estr.

⁽¹⁰¹⁾ RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, p. 47 dell'estr.

⁽¹⁰²⁾ RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, p. 49 dell'estr.

⁽¹⁰³⁾ ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X. 1, 6, 57, n. 13, fo 217r.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 95.

alcuni tra i canonisti più antichi (come Pietro de Belleperche, Bernardo de Montmirat, Giovanni d'Andrea, Egidio di Bellamera ed Enrico da Susa) sostenevano che nessuno dei due requisiti fosse sufficiente in mancanza dell'altro, per cui, secondo l'Ostiense, «*si ex eodem scrutinio fierent duae electiones*», una dalla *pars maior*, l'altra dalla *pars sanior*, nessuna delle due poteva essere efficace: non la prima «*quia non est facta a saniori parte*» e nemmeno la seconda per non avere raggiunto la maggioranza⁽¹⁰⁵⁾.

L'Abate Panormitano, riprendendo, da un lato, un'affermazione della glossa '*non consenserit*' – la quale, come già si è osservato, ammetteva la prevalenza della parte denotata dalla «*dignitas cum zelo*», rispetto a quella numericamente più consistente, «*dummodo numerus non excedat multum*», perché, in caso contrario, «*staretur numero*» – e richiamandosi, dall'altro, all'autorità di Giovanni d'Andrea, riteneva che una soluzione di tal genere trovasse, oramai, il suo fondamento normativo nel canone 9 emanato dal secondo Concilio di Lione nel 1274, sotto il Pontificato di Gregorio X ed inserito in VI. 1, 6, 9. Tale disposizione, infatti, stabiliva che laddove la maggioranza raggiunta fosse doppia rispetto ai voti della minoranza, non si potesse opporre alcunchè tendente «*ad extenuationem*» dello zelo, del merito e dell'autorità caratterizzanti la *pars maior*, ancorchè si potessero addurre argomenti miranti esclusivamente a dimostrare una eventuale nullità dell'elezione⁽¹⁰⁶⁾. Ma anche quando non si raggiungesse un *quorum* così elevato, Niccolò dei Tedeschi mostrava di ritenere che la *pars maior* godesse una posizione preminente. A suo avviso, invero, quando né la differenza di voti né l'«*authoritas et meritum alterius partis*» fossero particolarmente rimarcate,

(105) ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X. 1, 6, 57, n. 13, loc. ultim cit. ove l'A. aggiunge: «et hanc opinionem fui secutus quia cum nullibi cavetur contrarium et iura in hac materia requirant illa duo copulative, non debet fieri impropriatio, praesertim quia textus iuris civilis communiter fundat se super numerum ut patet in l. '*quod maior*', ff., ad municipalem <et de incolis> [D. 50, 1, 19] et l. '*nominationum*', C., de decurionibus <et filiis eorum et qui decuriones habentur quibus modis a fortuna curiae liberentur>, lib X [CJ. 10 32(31), 45] et in l. '*nulli*' et in l. '*plane*', ff., quod cuiuscumque universitatis nomine <vel contra eam agatur> [D. 3, 4, 3 e 4]. Et facit quod ipse Bartolus notat in l. '*omnes populi*', ff., de iustitia et iure [D. 1, 1, 9] et multum facit dictum cap. '*ecclesia*' [X. 1, 6, 48] ubi Papa illam electionem retractavit, quia non fuit facta a maiori parte capituli, nec curavit discutere de sanioritate, quasi illa non sufficisset per se sine maioritate respectu numeri. Et inde dic ubi una electio fieret a maiori parte de indigno ignoranter, alia a minori parte de idoneo. Nam utraque debet cassari, ut dixit prius Ioannes Andreae, supra, eodem <titulo>, cap. '*congregato*' [X. 1, 6, 53]. Licet Innocentius et Hostiensis ibi contra. Solum valet electio facta a minori parte in casu cap. '*scriptum*', supra, eodem <titulo> [X. 1, 6, 40] et quando ius maioris partis est devolutum ratione delicti ad minorem partem ut in dicto cap. '*congregato*'.»

(106) Il *Summarium* di VI. 1, 6, 9, opera di Giovanni d'Andrea recita: «contra electum a duplo maiori parte, vel electores ipsius, nil a reliqua parte potest opponi, quod votum extenuet; sed bene opponitur, quod votum annullat».

era da preferire l'eletto dalla maggioranza, in quanto «*de illo modico excessu non est curandum, ut ex hoc numerus confundatur*». Ad una soluzione opposta si poteva pervenire, allorché «*meritum et autoritas in multum excedunt*», mentre il «*numerus autem excedit in modico*»: in questa ipotesi, invero, l'elezione operata dalla maggioranza non poteva essere confermata «*quia illa pars non est sanior*», ma neppure meritava la conferma quella effettuata dalla minoranza «*quia non est facta a maiori et saniori parte*». Soluzione analoga, infine, era da accogliere qualora «*omnia sint hinc inde paria*», dal momento che nessuna delle due elezioni si poteva dire «*facta a maiori et saniori parte*»⁽¹⁰⁷⁾.

6. – Al di là della circostanza che, nell'elezione del *Rector iuristarum* dello Studio ferrarese, i voti attribuiti a Sozo «*fuerunt plusquam duae partes*»⁽¹⁰⁸⁾, per cui appariva impossibile – sulla scorta dei semplici testi decretalistici – far valere la *sanioritas* della parte minoritaria che aveva votato per lo scolaro appartenente alla *Natio hispanica*, un'altra difficoltà, non meno ardua, si presentava per chi avesse voluto estendere anche alle *universitates* laicali i criteri testé esaminati, elaborati dalla dottrina canonistica.

Se pur non mancavano autori – e tra questi per la sua autorevolezza va menzionato innanzi tutto l'Abate Panormitano – i quali sostenevano che i principi che erano venuti sviluppandosi nell'ambito del diritto della Chiesa, per il loro carattere di generalità, ben potevano trovare applicazione anche «*in universitate seculari*», con la conseguenza che anche qui la «*maior pars*» non doveva consistere «*in solo numero*», bensì venire rapportata alla «*dignitate et autoritate et merito personarum*»⁽¹⁰⁹⁾, tuttavia l'opinione prevalente era di opposto avviso.

Si sottolineava, infatti, che «*in actibus mere prophanis, et non ecclesiasticis*» non si doveva avere riguardo «*ad sanioritatem*», bensì unicamente «*ad*

(107) ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X, 1, 6, 57, n. 13, fo. 217r. Come è stato segnalato dal RUFFINI AVONDO (*Op. cit.*, p. 49 dell'estr., ed ivi nota 1) il Panormitano anche commentando altre decretali ribadiva il principio per cui «non sufficit maioritas numeri sine sanioritate», così come non era sufficiente la «sanioritas nisi etiam concurrat maioritas». Fu quindi – sempre per il RUFFINI AVONDO (*Op. cit.*, p. 49 sg.) – a causa delle «difficoltà pratiche che dovevano derivare dalla impossibilità di ottenere un positivo risultato tanto nelle deliberazioni, quanto nelle elezioni» che si affermò in dottrina il principio «per cui si doveva presumere che la *pars maior respectu numeri*, fin tanto che non risultassero prove in contrario, fosse anche *maior respectu sanioris consilii*». Tale *praesumptio iuris tantum* finì con il divenire una *praesumptio iuris et de iure*, nell'ipotesi di «numerus multum excedens», definitivamente fissato – come si è notato in precedenza nel testo – a due terzi dal Concilio di Lione del 1274, ad analogia del *quorum* richiesto per le elezioni papali.

(108) BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 5, p. 84.

(109) ABBATIS PANORMITANI, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, cit., ad X, 1, 6, 57, n. 7, fo. 216r

maioritatem», dal momento che non solo, da un lato, gli «*iura civilia requirunt maiorem partem*», ma anche, dall'altro, in considerazione del fatto che non mancavano testi, come D. 2, 14, 8 in cui la «*pars maior dicitur dignior*», il che – del resto – non era del tutto in contrapposizione con la regola canonistica secondo cui «*maior pars in dubio praesumitur sanior*»⁽¹¹⁰⁾. Una posizione leggermente differente veniva espressa da Alessandro Tartagni, quando – ponendosi il problema relativo all'ipotesi in cui il numero dei voti fosse del tutto identico, tanto da una parte, quanto dall'altra, ma una delle due fosse caratterizzata dalla «*maioritas authoritatis, seu dignitatis*» – si chiedeva se dovesse essere preferito «*qui per se habet illam digniorem partem*». Dal momento che solamente le norme canoniche richiedevano «*copulative*» il concorso della *maioritas* e della *sanioritas*, mentre per quelle civili era sufficiente la *maior pars*, era sua opinione (già espressa, com'egli ricordava, in un *consultum* relativo ad una questione «*satis ardua*») che a parità di voti, «*obtinebit ille qui habet pro se partem digniorem*», stante il principio normativo su menzionato che «*dignior pars dicitur maior*»⁽¹¹¹⁾.

Il Bombini, dunque, per sostenere la posizione dell'*Hispanus* – che, come si è già ricordato, era stato eletto rettore dalla minoranza degli appartenenti all'*Universitas iuristarum* – utilizzava elementi desunti dall'elaborazione canonistica, pur prescindendo – probabilmente sotto l'influenza della dottrina testè menzionata – dall'impiegare in forma diretta la terminologia, cui sopra si è fatto riferimento, rinvenibile negli scritti decretalistici. Egli infatti partiva dall'osservazione che «*quando minor pars habet iustam causam contradicendi, tunc attenditur illud quod est dispositum per minorem partem, non autem quod est per maiorem*»⁽¹¹²⁾. È fuori discussione che un'affermazione di questo genere si giustificava, come è stato scritto, «entro un ordinamento dominato dal principio gerarchico»⁽¹¹³⁾, in cui il *superior* aveva il compito di confermare le elezioni contrastate, tenendo conto sia delle ragioni della maggioranza, sia di quelle (eventualmente poziori) della parte

⁽¹¹⁰⁾ FELINI SANDEI, *Commentariorum in Decretalium libros quinque, pars prima*, cit., ad X. 1, 2, 6, n. 19, col. 110. In senso analogo v. anche: PHILIPPI DECI, *In Decretales commentaria*, cit., ad X.1, 2, 6, secunda lectura, n. 50, fo.22v – ove, nelle *Additiones* a questo passo, sub voce '*sanior*', si menziona anche l'opinione conforme di Niccolò Boerius, nella terza delle sue *Decisiones Supremi Senatus Burdegalensis* (Lugduni 1551) – nonché HIERONYMI CAGNOLI, *Commentaria in titulum Digesti de regulis iuris*, Venetiis 1558, ad D. 50, 17, 160, 1, n. 13, fo. 132r in cui si porta a sostegno di questa tesi quanto si legge in ROCHI CURTII, *Tractatus de iure patronatus*, Venetiis 1532, quaest. 59, fo. 23.

⁽¹¹¹⁾ ALEXANDRI TARTAGNI, *Commentaria super prima Digesti veteris*, cit., ad D. 2, 14, 8, n. 2, fo. 113r.

⁽¹¹²⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 13, p. 86, ove si aggiunge «sed ista minor pars scholarium habuit iustam causam contradicendi maiori parti, eo quia pro se habet statutum et sic legem...ergo eius dispositum attendere debemus et sic ille dicitur verus rector, quem fecit minor pars scholarium, non autem quem fecit maior».

⁽¹¹³⁾ Così: RUFFINI AVONDO, *Op. cit.*, p. 40 dell'estr.

numericamente soccombente⁽¹¹⁴⁾. Ed invero, aggiungeva il Bombini, «quando a paucioribus est aliquid rationabilius dispositum» ed ancorché la «maior pars dissentiat», ciò non di meno «paucioribus statur»⁽¹¹⁵⁾. Nel caso concreto, a suo avviso (già lo si è ricordato) la «minor pars scholarium» ben poteva essere qualificata ‘maior’ dal momento che l’elezione da essa operata appariva caratterizzata da una «maior ratio et pietas». L’autore del *Consilium*, com’è agevole osservare, non la definisce ‘sanior’, secondo la terminologia canonistica, e neppure ‘dignior’, come si esprimeva la dottrina civilistica. Non appariva agevole, invero, ravvisare gli studenti che avevano eletto l’*Hispanus* come portatori di una particolare *authoritas* od una *dignitas* degna di rilievo, così come sarebbe stato altrettanto difficile individuare lo *zelus* degli elettori o un significativo *meritum vitae* dell’eletto. Quel concetto che la canonistica avrebbe espresso in termini di *sanioritas*, pertanto, non veniva riferito dal Bombini alle caratteristiche desumibili dalle qualità personali dei votanti, né dalla particolare idoneità di chi essi avevano designato, quanto piuttosto – a similitudine di quell’elemento volontaristico in cui si faceva consistere lo *zelus* – nella maggiore *rationabilitas* del loro comportamento, che si sostanziava in una retta applicazione della norma statutaria vigente⁽¹¹⁶⁾. Ma tale *rationabilitas* era altresì rafforzata, secondo il giureconsulto cosentino, dalla circostanza che una disposizione siffatta – come si è visto – era ricollegabile allo spirito della costituzione ‘*Habita*’, la quale «*in se habet rationem, seu æquitatem naturalem*»⁽¹¹⁷⁾, con la conseguenza che l’operato della *pars maior* degli scolari giuristi manifestava «*potius iniquitatem, quam æquitatem*»⁽¹¹⁸⁾ e perciò, al rettore della *Natio lombarda* da loro eletto, doveva essere preferito quello Ultramontano.

⁽¹¹⁴⁾ Sulla possibilità di appellarsi contro una delibera collegiale caratterizzata da elementi di iniquità v., *supra*, p. 17 ed ivi nota 56.

⁽¹¹⁵⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 17, loc. ultim. cit.

⁽¹¹⁶⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 18, loc. ultim. cit., ove si rileva che «cum per minorem parte scholarium fuerit electus rector Ultramontanus, dicitur esse electus *rationabilius*, quam per maiorem. Primo, quia fuit processum ad hanc electionem secundum statutum et sic secundum legem».

⁽¹¹⁷⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, nn. 27 e 28, p. 87 sg.: «patet ex eo quia hoc statutum est fundatum sub ratione authenticæ ‘*habita*’, C., ne filius pro patre <vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono conveniatur>, [C., 4, 13, 5] quæ authentica in se habet rationem, seu æquitatem naturalem, unde disponendo contra hanc æquitatem, seu rationem naturalem, illud dispositum dicitur esse contra ius, seu rationem, vel æquitatem naturalem, unde sequitur quod ista dispositio est ipso iure nulla, ut supra et hoc confirmatur, nam ea quæ sunt fundata sub ratione naturali, immutabilia sunt § finali, Institutiones, de iure naturali <et gentium et civili> [I. 1, 2, 12] et facit l. 2, <ff.>, de usu fructu earum rerum quæ usu consumuntur <vel minuuntur> [D. 7, 5, 2] ...sed hoc statutum est fundatum sub ratione dictæ authenticæ, quæ est naturalis».

⁽¹¹⁸⁾ BOMBINI, *Op. cit.*, cons. XIII, n. 32, p. 88.

ABSTRACT

The study, taking its cue from the *Consilium* of a 16th century jurist, Bernardino Bombini, concerning a controversy over the election of *Rector iuristarum* of the University of Ferrara, highlights the results reached by civil law and canonical law doctrine of that time regarding the formation of collective will in both ecclesiastical and lay *collegia*.

Lo studio, prendendo lo spunto da un *Consilium* di un giurista del XVI secolo, Bernardino Bombini, relativo ad una controversia circa l'elezione del *Rector iuristarum* dell'Università di Ferrara, mette in evidenza i risultati cui era pervenuta la coeva dottrina civilistica e canonistica circa la formazione della volontà nei *collegia* sia ecclesiastici sia laicali.

BALDASSARE PASTORE

LA FUNZIONE DELL'INTERPRETAZIONE LETTERALE (*)

1. – In ambito giuridico per “interpretazione letterale” si intende, tipicamente, il criterio metodologico grazie al quale viene dichiarato come significato esatto degli enunciati normativi quello corrispondente alla loro “lettera”.

L’interpretazione letterale è, da questo punto di vista, una particolare dottrina dell’interpretazione che assume come valida una direttiva che prescrive di ricorrere ad uno specifico argomento e ad un particolare procedimento interpretativo (quello che appunto rinvia alla “lettera” della disposizione normativa) per la ragione che questi e non altri permettono di giungere ad un risultato interpretativo ritenuto corretto. Talché non è corretta un’interpretazione di disposizioni normative se ascrive ad esse significati che non coincidono con il loro significato letterale.

Il rilievo assegnato al canone letterale nel fissare le direttive cui attenersi nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto si basa su alcune idee.

Alcune di queste sono presenti nel mondo occidentale in una tradizione assai antica (si consideri, ad esempio, l’esegesi biblica e il diritto romano), e di continuo ripresa, che contrappone l’interpretazione secondo la “lettera” all’interpretazione secondo lo “spirito” (1).

(*) È il testo, corredato di note, della videoconferenza trasmessa il 6 novembre 2002 presso l’Universidade Estácio de Sá – Campus Campos dos Goytacazes (Rio de Janeiro).

(1) Cfr., in proposito, F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l’esprit. Les directives d’interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989. V., inoltre, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 200 ss., 241 ss., nonché, sulla rilevanza della distinzione nell’ambito delle pratiche ermeneutiche nell’antichità (relative, oltre che al diritto, alle opere poetiche e letterarie e ai testi religiosi), M. FERRARIS, *Storia dell’ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988, pp. 12-27 e F. BIANCO, *Introduzione all’ermeneutica*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 15-36.

Altre sono proprie dell'età delle codificazioni moderne⁽²⁾ e, per molti versi, continuano a persistere, spesso a livello irriflesso e senza eccessiva consapevolezza teorica, nel comune sentire degli operatori del diritto.

In quest'ultimo caso si tratta: a) dell'idea secondo cui ciascuna disposizione possiede un significato proprio, intrinseco, vero, trasparente, oggettivo (letterale, appunto); b) dell'idea secondo cui tale significato è sufficientemente chiaro e univoco da fornire, di per sé, la regola del caso; c) dell'idea secondo cui tale significato è precostituito all'interpretazione e può essere scoperto, o conosciuto, tramite essa; d) dell'idea secondo cui, nelle decisioni fondate sul significato letterale degli enunciati legislativi, i giudici hanno agito da meccanici applicatori di un diritto preesistente⁽³⁾.

Tali idee sono legate a quello che potrebbe essere definito "volontarismo legislativo" ed alla sua illusione sulla natura dichiarativa dell'interpretazione⁽⁴⁾.

In ogni caso, sia assumendo tali idee, sia rifiutandole, i giuristi continuano a far riferimento all'interpretazione letterale ed al significato letterale perché queste nozioni consentono loro di difendere e di riaffermare il valore della certezza del diritto⁽⁵⁾.

L'interpretazione letterale è, infatti, considerata uno strumento necessario, dotato di forza evocativa, per affermare che la certezza del diritto può e deve essere perseguita ed assicurata.

⁽²⁾ Si veda, ad esempio, G. TARELLO, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, spec. pp. 77- 85.

⁽³⁾ P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 584-585.

⁽⁴⁾ Cfr., in proposito, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in "Rassegna di diritto civile", VI, 1985, pp. 998, 1006, il quale (pp. 1002-1003), con riguardo all'ordinamento italiano, evidenzia i limiti e l'insufficienza dell'interpretazione letterale in ragione della complessità dell'attuale assetto (pluralistico) delle fonti e in presenza di una Costituzione rigida. Scrive PERLINGIERI, *art. cit.*, p. 1017: «Capire» la norma non è, non può essere, il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica; e questo è impossibile senza alzare lo sguardo verso il resto dell'ordinamento e dei principi che lo sorreggono».

Il mutamento delle regole fondamentali in materia di interpretazione — "regole non scritte, estranee alla previsione diretta dell'art. 12 delle preleggi, e tuttavia ormai sicuramente assunte come vigenti in seguito a una lenta formazione giurisprudenziale" — in riferimento all'influenza esercitata dall'argomento costituzionale nell'ermeneutica e nella dogmatica dei privatisti è sottolineato da U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in "Rivista critica del diritto privato", II, 1984, p. 695 ss.

⁽⁵⁾ T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 125-126.

Ogni interpretazione diversa da quella letterale è una manipolazione di testi normativi e tale manipolazione è un attentato alla certezza giuridica: se l'interpretazione è aperta ad ogni manipolazione, allora l'applicazione di quel testo risulta imprevedibile e incontrollabile.

La funzione assoluta dall'interpretazione letterale, qui, è quella di definire in modo pieno e preciso (e dunque certo) il significato del testo giuridico. Essa viene fondata sulla pretesa, tipica del positivismo legalistico, che il diritto possa stabilire da sé, in modo completo, le condizioni della propria applicazione: sia, cioè, chiuso in se stesso.

2. – La posizione fiduciosa verso le nozioni di “interpretazione letterale” e di “significato letterale” può essere denominata “letteralismo” o “testualismo”.

In base a tale prospettiva il significato di ogni enunciato è interamente determinato dal significato delle parole che lo formano e dalle regole sintattiche di composizione⁽⁶⁾.

Ad essa si oppone un composito orientamento antiletteralistico e contestualistico secondo il quale il significato di un testo va identificato in base a parametri connessi ad ambiti contestuali, essendo funzione di una molteplicità di variabili di tipo linguistico e non linguistico che cooperano nel determinare, in un complesso *iter*, i risultati del processo interpretativo⁽⁷⁾.

Tale orientamento, che trae alimento sia dalle ricerche di filosofia del linguaggio sia dalle riflessioni della più avvertita metodologia giuridica e che accomuna le odierne teorie del diritto e dell'interpretazione giuridica, si sviluppa e si consolida a partire da una sempre maggiore attenzione per i problemi legati alla strutturale indeterminatezza (vaghezza e ambiguità) del linguaggio giuridico e per le nozioni di contesto e di co-testo⁽⁸⁾, considerate entrambe concetti ineludibili per una migliore comprensione della nozione di “significato”.

Si realizza, così, un progressivo slittamento da una concezione letterale (testuale) ad una concezione contestuale del significato, che raggiunge il suo

⁽⁶⁾ MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, cit., pp. 99-100.

⁽⁷⁾ B. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in VELLUZZI (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, cit., pp. 143-148; V. VILLA, *Condizioni per una teoria della interpretazione giuridica*, ivi, pp. 179-186; G. ZACCARIA, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, in “Ragion pratica”, 17, 2001, pp. 25-27.

⁽⁸⁾ Sulla distinzione tra “co-testo” e “contesto” rinvio a O. MEO, *Il contesto. Osservazioni dal punto di vista filosofico*, Angeli, Milano, 1991, p. 44, che sottolinea come il primo termine “indica che la grammatica opera come un sistema chiuso (lessico + regole grammaticali + testo)” e il secondo “indica che la semantica estensionale opera entro un sistema aperto (con riferimento cioè alla realtà extralinguistica)”. Cfr. anche G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 88.

punto estremo nella concezione che nega qualsiasi valore alla nozione di significato letterale. Potremmo definire quest'ultima posizione "antiletteralismo radicale".

Secondo l'antiletteralismo radicale il significato è funzione di una pluralità di variabili differenti, tra le quali il significato letterale o non ha alcun ruolo, o, se lo ha, è del tutto marginale, secondario⁽⁹⁾. L'interpretazione letterale, dunque, non costituisce un criterio attendibile e va abbandonata.

Tra gli estremi del letteralismo e dell'antiletteralismo radicale si situa una posizione teorica che assegna all'interpretazione letterale una valenza positiva. Il significato letterale costituisce, in questa prospettiva che possiamo definire "mediana", il punto di partenza dal quale prendere le mosse nel processo interpretativo. Si tratta di un punto di partenza che, comunque, può essere superato per arrivare al significato pieno dell'enunciato.

Tale approccio riconosce che l'orientamento al testo costituisce un elemento caratterizzante l'interpretazione giuridica. I testi presentano una propria identità e specificità. Costituiscono insiemi strutturati secondo un codice linguistico, dotati di contenuti comunicativi intenzionali, aventi una propria grammatica, una propria sintassi, un proprio lessico. Ma sono opere aperte all'interpretazione, pur ponendosi come punto di riferimento stabile dinanzi alle molteplici possibilità interpretative che ad essi rinviano⁽¹⁰⁾. E, d'altra parte, la costitutiva indeterminatezza del linguaggio giuridico evidenzia uno scarto rispetto alla lettera⁽¹¹⁾.

In questa direzione va sottolineato che le parole, i termini, gli enunciati non hanno alcun significato proprio, intrinseco, indipendente dagli usi linguistici che li riguardano. Il significato letterale può essere configurato, allora, come significato che le parole hanno nell'uso di una comunità di parlanti, come significato comunemente accettato⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, cit., pp. 103-107, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁾ Di tre dimensioni fondamentali (intrecciate e complementari) della testualità parlano F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 256-258. Si tratta dell'*intenzionalismo* (che indica il riferimento a quell'intenzione direttiva e prescrittiva che si trova alla base non solo del singolo testo ma più ampiamente dello stesso fenomeno giuridico, e che comunque rinvia ad un dato certo trasmesso attraverso il *medium* del testo), della *letteralità* (che rinvia all'esclusione di scelte interpretative in chiaro contrasto con il tenore letterale del documento giuridico), della *contestualità* (che allude alla collocazione, in fase applicativa, del significato del testo normativo nella specificità delle situazioni sempre nuove che si presentano e al suo inserimento nel complesso ordinamentale).

⁽¹¹⁾ PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, cit., pp. 141-142, 145, 149, 162-163.

⁽¹²⁾ LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., pp. 208-228; CHIASSONI, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 501-503.

L'interpretazione letterale, dunque, è un procedimento tramite il quale si comprende il significato di un testo in virtù della propria competenza linguistica.

Una stessa parola, tuttavia, può avere più usi diversi e dunque diversi significati letterali. Tali usi possono appartenere al linguaggio ordinario, oppure a linguaggi specialistici (tra i quali rientra quello dei giuristi), oppure a linguaggi di entrambi i tipi⁽¹³⁾. Spetterà all'interprete, allora, stabilire quale dei diversi significati di una parola sia, di volta in volta, il significato proprio, e dunque corretto.

Il significato letterale di un testo giuridico sarà il significato che ad esso attribuiscono interpreti provvisti di competenza giuridica, tenendo conto *soltanto* del senso (nel linguaggio ordinario e/o tecnico-giuridico) delle parole che compongono il testo e della loro connessione sintattica.

Va rilevato, però, che il significato letterale è *anche* funzione di un sistema convenzionale di referenze, di un insieme di assunzioni di fondo, di presupposizioni, di implicazioni conversazionali, di pratiche sociali. Il significato letterale si pone dunque come *costruzione interpretativa*.

La comprensione dei significati letterali richiede, allora, qualcosa di più che non il semplice contenuto semantico delle espressioni, insieme alle regole per la loro combinazione in enunciati. La nozione di "significato letterale" non è una nozione slegata dal contesto⁽¹⁴⁾. La dimensione contestuale, qui, rimanda ai processi intersoggettivi legati all'orizzonte linguistico-culturale che caratterizza l'"essere nel mondo" degli esseri umani e ad una comunità di soggetti, che interpreta secondo una determinata tradizione trasmessa⁽¹⁵⁾. Si tratta del contesto inteso come "complesso di tutti i fattori che convergono a costituire le condizioni necessarie dell'emissione di un messaggio... della sua comprensione-interpretazione e che, in quanto tali, sono strutturalmente connessi con tale emissione". Esso opera come condi-

⁽¹³⁾ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 393-394; D. N. MACCORMICK and R. S. SUMMERS, *Interpretation and Justification*, in D. N. MACCORMICK and R. S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney, 1991, pp. 512-513.

⁽¹⁴⁾ Si veda, al riguardo, J. R. SEARLE, *Della intenzionalità. Un saggio di filosofia della conoscenza* (1983), trad. it. di D. Barbieri, Bompiani, Milano, 1985, pp. 149-152. E' tesi di Searle che la nozione di significato letterale "ha applicazioni soltanto relativamente a un insieme di assunzioni e pratiche preintenzionali di Sfondo". Si tratta di "uno Sfondo di capacità e di consuetudini sociali". Il contenuto semantico funziona... solamente contro uno Sfondo che consiste di sapere-come culturali e biologici, ed è questo sapere-come di Sfondo che ci rende capaci di comprendere i significati letterali". Sulla nozione di "Sfondo" cfr. anche *ivi*, pp. 28-29, 71-77, 145-148, 157 ss.

⁽¹⁵⁾ G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, cit., pp. 86, 109-112, 114, 136; E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 16-21, 24-25, 191-195.

zione necessaria del costituirsi del testo, del rinvio al referente e del conferimento del significato⁽¹⁶⁾.

3. – Un testo giuridico richiede sempre di essere interpretato al fine di esplicitarne il senso oscuro e non sufficientemente determinato e per definire la rilevanza giuridica di determinati fatti, eventi, accadimenti. Ciò avviene in connessione con la concretezza della situazione particolare.

Il testo si pone come unità di misura per l'opera interpretativa e punto di partenza del lavoro di concretizzazione.

L'interpretazione giuridica, da questo punto di vista, non costituisce il mezzo per identificare un significato normativo preconstituito, ma concorre a determinare tale significato.

Allora, se l'interpretazione letterale ha un senso, questo va trovato oltre un approccio ingenuo, portato di una visione naturalistica, essenzialistica o oggettualistica del linguaggio, che considera le parole come dotate di un significato intrinseco, chiaro ed univoco, indipendente dagli usi, a-contestuale⁽¹⁷⁾.

Il riconoscimento del carattere intrinsecamente aperto e polisemico del linguaggio (e dunque anche del linguaggio giuridico) richiede di far riferimento all'uso come dimensione prioritaria del significato. Esso rinvia alle convenzioni e alle regole condivise dai membri di una comunità linguistica e codificate in un dizionario.

Non è possibile stabilire se enunciati e parole hanno o non hanno un significato chiaro indipendentemente dal contesto di riferimento e di ricezione: un contesto che può essere linguistico, socio-culturale, situazionale, istituzionale.

L'insufficienza del dato testuale, derivante, tra l'altro, dalla trama aperta della sua formulazione e dal riferimento a tipologie di atti ed eventi che mutano nel tempo, mostra l'illusione di poter catturare e incorporare nella scrittura significati univoci e stabili e del conseguente riferimento a tecniche interpretative che presuppongono una norma "racchiusa" nel testo e che può essere lì scoperta.

⁽¹⁶⁾ Cfr. MEO, *Il contesto. Osservazioni dal punto di vista filosofico*, cit., p. 44; P. RICOEUR, *Dal testo all'azione* (1986), trad. it. di G. Grampa, Jaca Book, Milano, 1989, p. 200.

⁽¹⁷⁾ Secondo questo approccio, il letteralismo si caratterizza come posizione teorica che "propone di attribuire alle parole di un documento legislativo il loro significato cosiddetto a-contestuale, ossia quel significato che attribuiremmo loro se non avessimo informazioni adeguate sul contesto del loro uso o sulle intenzioni dell'autore". Così R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 23. Il metodo letterale, qui, si pone *in negativo* come criterio che esclude ogni riferimento alla contestualità e alla dimensione intenzionalistica.

Il testo giuridico vive nel contesto di una comunità linguistica, di un mondo storico-culturale, di un ordinamento giuridico ed è qui che viene riconosciuto.

L'inevitabile libertà dell'interprete si misura, dunque, pur nella stabilità del dato testuale, con una varietà di possibilità di senso che il testo dischiude, con riferimento alla pluralità di contesti in cui esso risulta incluso e che contribuiscono a circoscrivere tale libertà⁽¹⁸⁾.

La chiarezza, pertanto, non può essere raggiunta assumendo l'accezione grammaticale della parola. È solo il processo interpretativo che può dirci se un testo è chiaro o oscuro. La chiarezza è un risultato dell'interpretazione⁽¹⁹⁾. È un risultato che può essere conseguito interrogando il testo con una domanda relativa al caso da risolvere, entro i vari contesti di riferimento della pratica interpretativa.

L'interprete chiede al testo una risposta riguardo agli interrogativi con cui lo consulta, usando gli schemi di comprensione della tradizione dogmatica, dell'esperienza dottrinale e giurisprudenziale precedente.

Il testo, allora, non si lascia comprendere esclusivamente con il metodo letterale e con l'analisi logico-grammaticale volta ad esplicitare il senso delle parole che lo compongono.

Tale criterio non è sufficiente, ma tuttavia serve. Risulta necessario. Svolge, infatti, la funzione *negativa* di selezionare le possibilità di interpretazione scartando i progetti di senso privi di congruenza con le parole della legge. In questa direzione il significato letterale pone un limite all'attività interpretativa⁽²⁰⁾.

Per assegnare uno scopo alla norma è necessario avere attribuito un primo significato a un testo e tale significato consiste plausibilmente in quello che il testo esprime conformemente alle regole della lingua in cui è formulato.

L'interpretazione letterale ha, però, anche la funzione *positiva* di elaborare progetti di significato conferibile al testo sulla base dei dati linguistici da

⁽¹⁸⁾ PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, cit., pp. 149-155.

⁽¹⁹⁾ Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Cedam, Padova, 1996, p. 191, il quale sottolinea (pp. 63-66) che non vi sono testi "chiari" che si aprono al lettore con la semplice evidenza delle parole; solo il processo interpretativo può dirci se un testo è chiaro o oscuro, indicando, la chiarezza, l'assenza di conflitti sul significato di un testo. Sul tema, in generale, cfr. M. DASCAL and J. WRÓBLEWSKI, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, in "Law and Philosophy", 7, 1988, pp. 203-224; R. VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, segunda edición ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 19-20; F. OST, *Ancora sull'interpretazione*, trad. it. di G. Gorgoni, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 7, 2002, pp. 146, 148, 150.

⁽²⁰⁾ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappicchelli, Torino, 1999, pp. 482-483; PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, cit., p. 161.

esso risultanti⁽²¹⁾. Questi progetti vanno in ogni modo confrontati con le ipotesi elaborate con riguardo agli elementi tratti dai vari contesti di riferimento.

L'interpretazione letterale, così, svolge almeno due funzioni: una *limitativa* e una *indicativa*.

Il testo, in primo luogo per motivi normativi inerenti all'idea di Stato di diritto, delimita lo spazio della concretizzazione, nel senso che la decisione deve scaturire dal testo e deve sempre essere con esso compatibile.

Il testo fornisce inoltre la direzione verso la quale possono dislocarsi le varianti di significato ammissibili nella individuazione della portata normativa delle disposizioni⁽²²⁾. E ciò implica che il senso letterale sia, ad un tempo, conservato e oltrepassato.

L'interpretazione letterale, in questo orizzonte, svolge un ruolo importante perché permette una presa di contatto preliminare con la disposizione. Non è però un metodo a sé stante. Il significato di un testo si lascia cogliere attraverso un procedimento che non è solo di esplicazione del suo linguaggio. Il tenore letterale di una disposizione legislativa presenta, così, una valenza euristica. Ma il ritrovamento della portata normativa del testo richiede approcci metodologici diversi. È, infatti, al significato del testo determinato in relazione al caso da decidere ed al complesso ordinamentale che appartiene il predicato della normatività.

Il metodo letterale va configurato, pertanto, come gradino verso più complesse metodologie interpretative che, pur superandolo, lo presuppongono⁽²³⁾. Tale metodo opera una sorta di restrizione nell'attribuzione di

⁽²¹⁾ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 17-18, 72. Cfr. anche IRTI, *Testo e contesto*, cit., pp. 56, 143, 160, 191; ZACCARIA, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, cit., pp. 29-30.

⁽²²⁾ F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 183 ss., 199 ss. Müller parla anche di una funzione *determinativa*, che è all'opera quelle (poche) volte in cui il trattamento letterale del testo risulti sufficiente a risolvere il caso concreto. L'individuazione di una funzione *determinativa* della lettera della legge compiuta da Müller è criticata da J. STRANGAS, *Il posto sistematico dell'interpretazione in assoluto ed i rapporti tra pluralità e fedeltà dell'interpretazione giuridica*, in V. MATHIEU - L. PAOLETTI (a cura di), *Il problema della fedeltà ermeneutica. Nell'arte nel diritto e nella cura dell'anima*, Nova Spes — Armando Editore, Roma, 1998, pp. 211-212 nt. 77. Strangas la ritiene carente nella misura in cui l'ammettere una funzione determinativa (sia pure quantitativamente limitata) della lettera della legge equivale ad accettare l'adagio tradizionale "*in claris non fit interpretatio*", un adagio che risulta gravato da una *petitio principii*, in virtù della quale la chiarezza viene presa come un dato, e che produce così l'impressione erronea che ci siano casi nei quali l'atto interpretativo potrebbe fermarsi allo stadio dell'interpretazione grammaticale, senza avere bisogno di procedere fino allo stadio dell'interpretazione teleologica.

⁽²³⁾ Da questo punto di vista, in presenza di un diffuso eclettismo metodologico, il riferimento alla "lettera", operato dall'art. 12, I comma, delle disposizioni preliminari

significati. Qualsiasi (inevitabile) atto di libertà interpretativa, se non vuole cadere nell'arbitrio, può avvenire *dopo* e non *prima* dell'applicazione di questa restrizione.

L'interpretazione letterale, allora, può operare *alla fine* del compito interpretativo come elemento di controllo degli argomenti legati all'utilizzo dei vari metodi.

4. – Dal testo inizia il lavoro dell'interprete che, progressivamente, fissa su di esso un significato⁽²⁴⁾. La lettera del testo individua il confine dato dal programma normativo enucleato nella disposizione. Tale confine, però, si struttura nell'ambito della prassi giuridica, ponendosi come grandezza relazionale, che coinvolge: a) la formulazione linguistica dei dati testuali; b) l'interprete, che legge dal punto di vista di un orizzonte definito di aspettative; c) l'enciclopedia culturale, che comprende un dato linguaggio e la serie delle interpretazioni precedenti dello stesso testo e che rinvia allo spazio intersoggettivo della comunità degli interpreti⁽²⁵⁾; d) le assunzioni di fatto, che partecipano della costruzione del caso.

Il confine costituito dalla lettera del testo, allora, non è un confine che è possibile determinare *prima* dell'attività interpretativa ed argomentativa, magari consultando i vari significati censiti nei dizionari. Esso è mobile e si dispiega nel procedere del lavoro ermeneutico⁽²⁶⁾, posto che nessun testo è portatore di un significato fino a quando non è applicato alla specificità del caso da risolvere.

Il testo, comunque, costituisce il dato iniziale della concretizzazione e rimane il parametro con cui misurare l'accettabilità delle interpretazioni.

al codice civile italiano, potrebbe essere configurato come limite a forme estreme di interpretazione antiletteralista, indicando un percorso che parte dal dato testuale, anche se normalmente, per esigenze pragmatiche emergenti dal caso concreto, se ne discosta. Cfr., in generale, VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 182-185, 224-225, 257.

⁽²⁴⁾ F. MÜLLER - R. CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella strukturierende Rechtslehre*, trad. it. di E. Comelli, in "Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2, 1997, pp. 88-89, 99-100. V. anche G. TIMSIT, *Les norms de la loi*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 141 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. U. ECO, *Replica*, in Id., *Interpretazione e sovrainterpretazione*. Un dibattito con Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose, a cura di S. Collini, ed. it. a cura di S. Cavicchioli, Bompiani, Milano, 1995, pp. 170-172, ed anche Id., *Tra autore e testo*, ivi, pp. 81-82; P. VIOLI, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano, 1997, pp. 273-281.

⁽²⁶⁾ MÜLLER - CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella strukturierende Rechtslehre*, cit., p. 97. Sulle fasi del lavoro ermeneutico v. G. CARCATERRA, *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in AA. VV., *Ermeneutica e critica*. Atti del Convegno Internazionale (Roma, 7-8 ottobre 1996), Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1998, pp. 120-125; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 49-55.

L'interprete, infatti, deve produrre una norma in modo da poterla riferire correttamente ai testi ufficiali dotati di autorità, alle fonti-atto. Sono questi testi che, nella loro vigenza, ponendosi come garanzia di generalità e di eguaglianza di trattamento, rappresentano la prova certa e la notizia indiscussa di quanto è stato deliberato in ordine all'organizzazione della società, agli effetti delle azioni umane, alla disciplina dei rapporti tra individui.

I testi giuridici sono consegnati ai loro interpreti⁽²⁷⁾. Agli interpreti è affidato il compito di attualizzare le potenzialità normative dei testi, garantendo, insieme, le esigenze della certezza e del rinnovamento dell'ordinamento. Qui si esplica la specificità dell'obbedienza dell'interprete alla legge, postulata dal principio, proprio dello Stato di diritto, della separazione dei poteri.

L'interprete — il giudice, tipicamente — svolge un'attività riferita a testi autoritativi e da essi derivata. È con il testo, e con le sue non illimitate potenzialità semantiche che le sue proposizioni possono tollerare, che egli deve confrontarsi, senza poterlo scavalcare.

L'interprete, nel suo procedere, "esce" di continuo dal testo. Ciò si connette, tra l'altro, al porsi della *distanziamento* come condizione dell'interpretazione. Tale momento di distanziamento, invero, è implicito nella fissazione tramite la scrittura, che è, a sua volta, la condizione dell'autonomia del testo (dall'intenzione dell'autore, dalla situazione culturale e dai condizionamenti sociologici della produzione del testo, dall'originario destinatario). In tal modo il testo dispiega davanti a sé un mondo e può aprirsi a una serie ampia di letture, esse stesse situate in contesti differenti. L'opera di decontestualizzazione, allora, rende possibile la ricontestualizzazione, che si configura come attività produttiva. Ciò, invero, fa emergere, nel cuore dell'interpretazione, un'istanza critica sollecitata dalla soggettività dell'interprete che si espone al testo e può comprendersi davanti ad esso⁽²⁸⁾.

L'interprete, d'altra parte, "deve tornare" al testo, che costituisce, pertanto, nello stesso tempo, il punto di partenza e il punto d'arrivo del suo lavoro.

In questo percorso, all'interno del quale si svolge la concretizzazione e che richiede il congiunto riferimento ad ambiti testuali, situazionali, istituzionali, ordinamentali, posto che il significato dell'enunciato può essere colto solo attraverso la connessione istituita tra il testo e i diversi contesti di riferimento, l'interpretazione letterale svolge delle funzioni importanti e rappresenta un momento non secondario dell'attività volta al corretto trattamento dei documenti normativi nella loro applicazione ai casi concreti. Un'attività che procede per continue riformulazioni, attualizzazioni, ridefinizioni, all'interno dell'unità di senso del sistema giuridico, che fissa il raggio d'azione entro cui cade la decisione relativa al significato da attribuire alla disposizione.

⁽²⁷⁾ OST, *Ancora sull'interpretazione*, cit., p. 154.

⁽²⁸⁾ Cfr. sul punto RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., pp. 352- 354, 356-357.

Il significato va configurato, allora, come una nozione multidimensionale a formazione progressiva, dinamica, che viene prodotta attraverso un processo articolato composto di diverse fasi ⁽²⁹⁾. Una di queste fasi è costituita dall'interpretazione letterale, ma essa inevitabilmente interagisce con gli aspetti pragmatici, talché il senso testuale è espressione di relazioni intrattenute con la pratica; è espressione di un rapporto che l'interprete intrattiene con vari elementi extralinguistici e con il contesto di esperienza che nell'applicazione del diritto viene di continuo rinnovato.

Quale sia il contenuto delle disposizioni normative è una domanda la cui risposta dipende anche dall'opera dell'interprete, che risulta legato ad uno sfondo intersoggettivo costituito dalla tradizione giuridica alla quale appartiene ⁽³⁰⁾. Anche l'interprete è, dunque, responsabile dei contenuti di tali disposizioni.

Il riconoscimento di una siffatta responsabilità esclude che l'interpretazione possa ridursi ad una ripetizione meccanica di un significato preesistente, unico, nascosto nella lettera del testo, ma esclude anche che possa configurarsi come produzione di senso del tutto autonoma, invenzione libera, nella quale tutte le letture si equivalgono. L'interpretazione, piuttosto, rinvia alla continuazione, soggetta a vincoli (discorsivi e istituzionali) ⁽³¹⁾, dell'opera di determinazione della significatività nella quale vive l'impresa giuridica.

ABSTRACT

The method of literal interpretation proposes that the words of a statute have to be given what we might call their plain, direct, ordinary, clear, acontextual meaning. But the notion of literal meaning of a sentence has only application relative to a set of background assumptions. These assumptions are necessary to make sense of any use of the notion of clarity in legal interpretation. The reading of a legal text is context-dependent. In fact, clarity is not an inherent property of the text itself, but it is a feature of a legal text used in a concrete situation. Furthermore, a legal text is always in the context of the legal system.

In contemporary legal culture it is common the recognition of the interpreters' creative role and the evaluative and decisional character of the activity they pursue. In this perspective, the basic aim of literal interpretation is that one about reconducting

⁽²⁹⁾ PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, cit., pp. 163-164; VILLA, *Condizioni per una teoria della interpretazione giuridica*, cit., pp. 175-179. Sul punto v. anche W. N. ESKRIDGE, JR., *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. - London, 1994, pp. 48 ss., 69 ss.

⁽³⁰⁾ Sul tema, più ampiamente, B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, spec. pp. 257-269.

⁽³¹⁾ Cfr., in proposito, OST, *Ancora sull'interpretazione*, cit., pp. 149-150, 161-168.

the result of interpretation to the text. Then, literal interpretation is functional in need of staying connected to textual identity and integrity.

Il metodo dell'interpretazione letterale propone di attribuire alle parole di un documento legislativo il loro significato palese, immediato, ordinario, chiaro, a-contestuale. Ma la nozione di significato letterale di un enunciato rinvia ad una pluralità di assunti di fondo. Tali assunti sono essenziali per ogni configurazione della chiarezza in sede interpretativa. La lettura di un testo giuridico dipende da vari contesti di riferimento. La chiarezza, infatti, non è una proprietà inerente al testo, di per sé considerato, ma una caratteristica del testo giuridico che emerge entro la situazione concreta. Un testo, inoltre, viene compreso nel contesto dell'ordinamento giuridico.

Nell'odierna cultura giuridica è comune il riconoscimento del ruolo creativo svolto dagli interpreti e del carattere valutativo e decisionale della loro attività. La funzione basilare dell'interpretazione letterale, allora, consiste nel ricondurre gli esiti del processo interpretativo al testo, rimanendo collegati alla sua identità e integrità.

ALESSANDRO BERNARDI(*) – MARIAEMANUELA GUERRA(**)

LES SANCTIONS PENALES DANS LE SYSTEME ITALIEN: LEUR EVALUATION DANS LES PHASES LEGISLATIVE, JUDICIAIRE ET EXECUTIVE(***)

SOMMAIRE: 1. Prémisses. — 2. Les différents types de peines principales. Les minima et les maxima de peines prévus dans la partie générale du code pénal et pour chaque infraction. — 3. L'évaluation de la peine par le juge au moment de la condamnation. — 4. Les circonstances atténuantes et aggravantes. Les différentes catégories de circonstances et leur régime. — 5. La tentative. Les catégories d'infractions punissables au titre de la tentative et le régime de sanctions applicable. — 6. Le modèle unitaire de responsabilité adopté pour la complicité. — 7. La reconnaissance des décisions pénales étrangères et leurs effets sur l'individualisation de la peine. 8. — L'aménagement des peines. Les principes directeurs dans le système juridique italien. — 9. Les moments processuels où sont prévus des aménagements des peines. Les autorités compétentes et la procédure. — 10. Les mesures d'aménagement des peines et leurs différentes catégories. En particulier, les mesures d'extinction de punissabilité. — 11. Les mesures de modification de la peine et de substitution à la peine. — 12. Les mesures de suspension de l'exécution de la peine. — 13. Les limites normatives générales et le pouvoir discrétionnaire de la magistrature de surveillance dans l'application des aménagements des peines. — 14. Les mesures particulières prévues pour les mineurs. — 15. Aperçu de la compétence pénale du juge de paix. — 16. Conclusions.

1. *Prémisse*

Malgré les nombreux projets visant à l'introduction d'un nouveau code pénal (pour ne citer que les derniers, projet Pagliaro de 1992, projet Riz de

(*) Autore dei paragrafi 1-7 et 16.

(**) Magistrato presso il Tribunale di Ferrara, autrice dei paragrafi 8-15.

(***) Versione integrale del rapporto italiano presentato a Parigi l'11 avril 2002 nell'ambito del "Programme Grotius II pénal U.M.R. de Droit Comparé de Paris".

1995, projet Grosso de 1999, projet Nordio, en cours d'élaboration), le système pénal italien est encore centré sur le code fasciste de 1930. Ceci ne doit toutefois pas induire à penser que le système de sanctions dans son ensemble présente toujours le caractère autoritaire et répressif que — même si partiellement atténué par l'héritage libéral du code pénal Zanardelli de 1889 — présentait la structure d'origine du code de 1930.

En réalité, même si avec des oscillations indéniables, la politique criminelle des 55 dernières années, et les nombreuses lois pénales qui en constituent le résultat, ont été profondément influencées par la Constitution républicaine de 1948, qui s'inspirait à des valeurs et des principes antithétiques par rapport à ceux de la période fasciste. Le résultat de tout ceci a été un processus de réformes qui au cours des décennies a largement modifié la structure originaire du code pénal. Pour ce qui concerne spécifiquement le système de sanctions il a été ainsi transformé dans le sens voulu par les Parlements démocratiques qui se sont succédé dans les différentes législatures, et en ligne de principe, de façon cohérente avec les indications du mouvement international de réforme pénale. En particulier, le principe de responsabilité personnelle/culpabilité a été valorisé en fonction de légitimation et de commensuration de la peine, tout comme ont été valorisées la fonction de rééducation/resocialisation de la peine, l'individualisation de cette dernière, sa nature d'*extrema ratio* ⁽¹⁾, surtout en cas de recours à la peine de détention ⁽²⁾.

Il suffit ici de rappeler que ce processus d'évolution du système de sanctions, justement parce qu'il a été influencé par le mouvement international de réforme pénale et par une activité de comparaison toujours croissante ⁽³⁾, se révèle le plus souvent en syntonie avec les nécessités actuelles d'harmonisation des choix punitifs au niveau européen.

A ce propos, il est de toute façon important de souligner que: *a*) l'évolution dans le sens libéral et d'individualisation du système punitif est moins évidente dans la phase législative (peines prévues pour les différentes infractions) et beaucoup plus évidente dans les phases judiciaire et d'exécution, aussi et surtout à cause des transformations radicales qui ont touché le code de procédure pénale et le système pénitentiaire; *b*) cette évolution ne s'est pas développée d'une façon homogène par rapport à tout le secteur de la criminalité, car dans les secteurs les plus dangereux de cette dernière (criminalité mafieuse ou de toute façon organisée, terrorisme, trafic de stupéfiants etc.) le système de sanctions est toujours inspiré surtout par une politique sécuritaire, avec les conséquences que nous verrons ci-après.

⁽¹⁾ D'où l'actuel processus de dépénalisation.

⁽²⁾ D'où l'introduction progressive de sanctions de substitution.

⁽³⁾ Cfr. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, par. 4 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. pen. econ.*

2. *Les différents types de peines principales. Les minima et les maxima de peines prévus dans la partie générale du code pénal et pour chaque infraction.*

En Italie, le principe de légalité des peines est entendu de façon très stricte. En effet, la loi indique toujours les types de peines applicables et prévoit toujours, non seulement les maxima des peines mais aussi les minima. Pour être plus précis, il existe deux types de maxima et de minima de peines: A) ceux prévus de façon générale par le code et applicables à chaque type de sanction pénale; B) ceux prévus par le code et par des lois spéciales et applicables aux différentes infractions.

A) En ce qui concerne les minima et les maxima prévus de façon générale par le code et applicables à chaque type de sanction pénale, il faut distinguer peines accessoires et peines principales. Sachant qu'en Italie, les infractions se divisent en deux catégories fondamentales, *les délits et les contraventions*, chacune de ces deux catégories d'infraction a ses propres peines principales et accessoires⁽⁴⁾. Nous nous limiterons ici à l'étude des peines principales. En ce qui concerne *les peines accessoires*, nous dirons simplement qu'elles sont très nombreuses et que leur contenu est très différent; qu'elles s'appliquent le plus souvent de façon automatique, comme effets pénaux de la décision de condamnation⁽⁵⁾; qu'elles peuvent être perpétuelles ou temporaires, et que dans le second cas, leur durée, si elle n'est pas expressément déterminée, est égale à celle de la peine principale de détention infligée (cf. art. 37 c.p.).

a) S'agissant maintenant des *peines principales prévues pour les délits*, l'art. 17 par. 1 c.p. distingue «*l'ergastolo*», «*la reclusione*» et «*la multa*».

a1) «*L'ergastolo*» est la plus grave des sanctions pénales existant dans le système italien et consiste en une peine de réclusion perpétuelle. L'article 22 c.p. précise qu'elle est purgée dans des établissements pénitentiaires spéciaux, avec l'obligation de travailler et l'isolement nocturne. La loi la prévoit seulement pour quelques délits d'une particulière gravité: délits contre l'Etat et ses représentants (art. 241, 242, 244, 276, 280, 284, 285, 286, 289 *bis*), contre les Etats étrangers et leurs représentants (art. 295), contre la sécurité publique (art. 422, 438, 439 c.p.), contre la personne ou contre la propriété et la personne (art. 576, 577, 630 c.p.).

La question de la légitimité constitutionnelle de la réclusion à perpétuité au regard du principe de rééducation-resocialisation (art. 27 par. 3 de la Constitution) a été résolue positivement par la Cour constitutionnelle (décision N° 264/1974), qui a tenu compte du fait que le condamné à

(4) Il existe toutefois quelques peines accessoires communes aux délits et aux contraventions: on pense en particulier à la peine accessoire de publication de la décision de condamnation (cf. art. 36 c.p.).

(5) Cf. art. 20 c.p. Mais il est vrai que dans certains cas, le choix de les appliquer ou non est laissé à la discrétion du juge: cf., en particulier, l'art. 32 par. 3 c.p.

perpétuité, qui, par son comportement, a donné des preuves de repentir, peut être admis à la libération conditionnelle après 26 ans⁽⁶⁾. Ce seuil temporel peut être réduit grâce à une réforme de 1986 qui a étendu aux condamnés à perpétuité l'application de la semi-liberté et des réductions de peine pour bonne conduite (réductions qui, comme nous le verrons, peuvent comporter un abattement de 45 jours de peine par semestre). Actuellement, en ajoutant tous les avantages possibles, le condamné à perpétuité peut avoir la première permission de sortir (dont la durée totale ne peut excéder 45 jours par an) après 8 ans de prison, obtenir la semi-liberté après 15 ans et accéder à la libération conditionnelle après 19 ans et 6 mois. L'autorité compétente pour la concession de ces avantages est le «tribunal de surveillance de l'exécution des peines», qui se décide selon une procédure caractérisée par toutes les garanties du procès juste, sur la base d'informations spécifiques (à ce propos, voir *infra, sub par. 7*). La réclusion à perpétuité est une peine fixe, précisément parce qu'elle est privée d'un minimum et d'un maximum légal, et parce que, dans les normes qui la prévoient, elle n'est jamais présentée comme une alternative à la réclusion à temps. Toutefois, selon le régime des circonstances (qui sera développé *infra, sub par. 3*), les auteurs d'infractions pour lesquelles est prévue la réclusion à perpétuité, sont condamnés à une peine de réclusion comprise entre 20 et 24 ans s'il y a une circonstance atténuante (art. 65 c.p.). S'il y a plusieurs circonstances atténuantes, le juge peut diminuer la peine jusqu'à un minimum de 10 ans de réclusion (art. 67 c.p.).

a2) «*La reclusione*» est la peine de réclusion temporelle prévue pour les délits. Selon l'article 23 c.p., elle a une durée minimum de 15 jours et maximum de 24 ans. Cependant, les articles 64 c.p. et 66 n. 1 précisent qu'en cas de circonstances aggravantes, la réclusion peut atteindre 30 ans. Selon l'article 78 n. 1 c.p., la même durée peut être atteinte en cas de concours d'infractions.

a3) «*La multa*», c'est-à-dire la peine pécuniaire prévue pour les délits, est comprise, selon l'article 24 c.p., entre un minimum de 5,00 euros et un maximum de 5.164,00 euros. En Italie, les jours-amende n'existent pas. Toutefois, selon l'article 133-*bis*, le juge peut augmenter le montant de l'amende jusqu'au triple ou le diminuer jusqu'à un tiers en considération de la situation économique du délinquant. Des augmentations ultérieures de l'amende sont autorisées par les articles 66 n. 3 c.p. en cas de réunion de plusieurs circonstances aggravantes (jusqu'à 30.987,00 euro) et 78 n. 3 c.p. en cas de concours d'infractions (jusqu'à 64.557,00 euro). Enfin, il existe un modèle particulier d'amende privée de maximum: il s'agit de *l'amende proportionnelle*, prévue pour des délits particuliers. On pense par exemple à

(6) Par contre, selon les précisions données par la Cour constitutionnelle (décision 168/1994), à la lumière des articles 27 par. 3 et 31 de la Constitution, les mineurs ne peuvent en aucun cas être condamnés à la détention perpétuelle.

l'article 250 c.p. ("Commerce avec l'ennemi"), qui prévoit "une amende égale au quintuple de la valeur de la marchandise" objet du commerce; ou bien aux articles 22, 23 e 23-bis de la loi 739/1939, qui prévoient une "amende non inférieure au double et non supérieure au décuple" de l'évasion fiscale. Il s'agit d'un modèle (à distinguer d'une pluralité de sous-modèles) difficile à décrire en peu de mots, et qui pose des problèmes théoriques et pratiques très complexes. Toutefois, il ne s'agit pas d'un type de peine indéterminée, mais plutôt déterminable simplement par référence à des faits concrets particuliers, c'est-à-dire à l'effective «dimension» des comportements interdits.

b) En ce qui concerne maintenant l'examen des *peines principales établies pour les contraventions*, l'article 17 par. 2 c.p. distingue «l'arresto» et «l'ammenda».

b1) «L'arresto» est la peine d'emprisonnement temporelle prévue pour les contraventions. Selon l'article 25 c.p., elle est comprise normalement entre cinq jours et trois ans qui peuvent devenir respectivement cinq jours et six ans dans les cas prévus par les articles 66 n. 2 (réunion de plusieurs circonstances aggravantes) et 78 n. 2 (concours d'infractions).

b2) «L'ammenda», c'est-à-dire la peine pécuniaire prévue pour les contraventions, est comprise selon l'article 26 c.p. entre un minimum de 2,00 euros et un maximum de 1032,00 euros. Comme pour la «*multa*», le juge peut, selon l'article 133-bis, augmenter le montant de «l'ammenda» jusqu'au triple ou le diminuer jusqu'à un tiers en tenant compte de la situation économique de l'auteur. Des augmentations ultérieures de l'amende sont possibles selon l'article 66 n. 3 c.p. en cas de réunion de plusieurs circonstances aggravantes (jusqu'à 6.197,00 euros) et selon l'article 78 n. 3 c.p. en cas de concours d'infractions (jusqu'à 12.911,00 euro). Comme «*la multa*», «l'ammenda» peut aussi être prévue sous forme de peine pécuniaire proportionnelle, et comme telle privée de maximum.

B) En ce qui concerne les minima et les maxima des peines prévues pour chaque infraction, il faut distinguer:

a) En premier lieu, il va sans dire que de telles limites coïncident avec les minima et les maxima indiqués par le code pénal seulement dans le cas où la norme pénale spéciale n'indique pas expressément l'une des deux limites (par exemple, le délit de "détournement de choses communes" prévue à l'article 627 c.p. est puni d'une peine d'emprisonnement *pouvant aller jusqu'à* deux ans: puisque dans ce cas est indiqué seulement le maximum, le minimum doit donc s'entendre de celui établi de manière générale par le code, c'est-à-dire, selon l'article 23 par. 1 c.p., quinze jours. Par contre, selon l'article 575 c.p., l'infraction d'homicide volontaire est punie d'une peine de réclusion *non inférieure* à 21 ans: puisque dans ce cas est indiqué seulement le minimum, le maximum doit s'entendre de celui établi de manière générale par le code pour la réclusion, c'est-à-dire, selon l'art. 23 par. 1 c.p., 24 ans).

b) Toutefois, dans la majorité des cas, la loi pénale précise, pour chaque infraction, le maximum et le minimum de peine applicable (par exemple,

selon l'article 423 c.p., le délit d'incendie forestier intentionnel est puni d'une peine d'emprisonnement de quatre à dix ans, et celui non intentionnel d'une peine d'emprisonnement de un à cinq ans; selon l'article 727 c.p., la contravention de mauvais traitement envers un animal est punie d'une amende comprise entre 1.032,00 euros et 5.164,00 euros; selon l'article 644 c.p., le délit d'usure est puni d'une peine d'emprisonnement comprise entre un et six ans et d'une amende comprise entre 3098,00 euros et 15.493,00 euros).

c) Il est important de souligner que pour certaines infractions, les maxima des peines principales prévus de manière générale par le code pénal sont dépassés: et cela aussi bien pour les peines de détention que pour les peines pécuniaires. Par exemple, pour ce qui est des peines de détention, alors que, comme nous l'avons dit plus haut, l'article 23 c1 c.p. fixe à 24 ans le maximum de la réclusion, l'infraction de séquestration de personnes à fin terroriste ou subversive (art. 289-bis c.p.) prévoit dans son alinéa 1 une réclusion d'un minimum de 25 ans à un maximum de 30 ans. Beaucoup plus fréquents sont les cas de dépassement du maximum de la peine pécuniaire établis par le code pénal à l'article 24 c.p. pour la «*multa*» (5164,00 euros) et à l'article 26 c.p. pour l'«*ammenda*» (1032,00 euros). Par exemple, pour ce qui concerne la «*multa*», l'article 501 c.p. concernant le délit de «manœuvres spéculatives sur les marchandises» punit ces faits, en plus d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans, d'une amende maximale de 25.822,00 euros; quant à l'article 73 du décret du Président de la République du 9 octobre 1990, n. 309, il punit les diverses hypothèses de production et de trafic de stupéfiants, en plus d'une peine de réclusion (de durée variable selon les cas, mais de toutes façons toujours très longue), d'une «*multa*» maximale de 309.874,00 euros. Pour ce qui concerne l'«*ammenda*», les contraventions prévues aux articles 695 e 696 c.p. sont punies par une amende maximale de 1239,00 euros.

3. L'évaluation de la peine par le juge au moment de la condamnation.

Sauf les rares cas d'infractions pour lesquelles la loi prévoit une peine principale fixe («*ergastolo*», «*reclusione*»⁽⁷⁾, «*multa*», «*arresto*», «*ammenda*»), le juge peut appliquer au délinquant une peine comprise entre le minimum et le maximum prévus par la loi pour l'infraction donnée. Dans quelques cas (c'est-à-dire dans les cas de peines «alternatives»), la loi autorise le juge à choisir non seulement le montant mais aussi le type de peine applicable. Par

(7) Par exemple, un cas de «*reclusione*» fixe est prévu à l'article 630 par. 2 c.p. («Séquestration de personne à fin d'extorsion»). Selon cet article, «Si la séquestration est suivie, sans que le délinquant l'ait voulu, de la mort de la personne séquestrée, le coupable est puni d'une peine de réclusion de trente ans».

exemple, la contravention prévue à l'article 720 c.p. ("Participation à des jeux de hasard") "est punie d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à six mois ou d'une amende allant jusqu'à 516,00 euros". Par conséquent pour cette infraction, le juge, en tenant compte des faits de l'espèce, pourra décider de façon discrétionnaire si l'auteur doit être puni d'une peine d'emprisonnement ou d'amende, et décider ensuite, dans les limites autorisées par la loi, la durée de l'emprisonnement ou le montant de l'amende. Dans cette hypothèse donc, si le juge choisissait de recourir à une peine de détention, il ne pourrait appliquer une peine d'emprisonnement inférieure à cinq jours ou supérieure à six mois; si au contraire, il préférerait utiliser la peine pécuniaire, il pourrait choisir une amende entre 2,00 euros et 516,00 euros.

Toutefois, dans le système italien, l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'évaluation de la peine par le juge n'est pas complètement libre, car il doit respecter des critères objectifs et subjectifs établis par l'article 133 c.p. D'après cet article, en effet, le juge doit quantifier la peine en tenant compte de certains critères traduisant la gravité concrète de l'infraction⁽⁸⁾ et le penchant du coupable à commettre des actes de délinquance⁽⁹⁾.

Mais il est vrai que, malgré l'apparente précision des paramètres prévus par l'article 133 c.p. et destinés à lier le pouvoir discrétionnaire du juge, ce pouvoir se révèle en fait plutôt libre. En effet, l'article en question se limite à énumérer une série de critères d'évaluation purement "factuels", mais n'indique pas les critères "finaux" de la peine, c'est-à-dire les critères en vue desquels la peine serait concrètement évaluée. Etant donné que les diverses exigences de rétribution, de prévention générale, de rééducation du délinquant, etc. peuvent, d'un cas à l'autre, suggérer le recours à des peines très différentes, l'absence d'éclaircissement sur les finalités que la peine est appelée à remplir envers le condamné, peut avoir des incidences négatives sur la cohérence des choix effectués par les juges dans l'évaluation. En d'autres termes, il peut arriver que, confrontés à la même infraction, deux juges tendent à privilégier des finalités de la peine différentes, et donc à appliquer concrètement des peines quantitativement, et parfois qualitativement, différentes. A cela, s'ajoute le fait que, dans le système italien, l'obligation pesant sur le juge de motiver le montant de la peine concrètement

(8) En effet, d'après le premier alinéa de cet article, la gravité de l'infraction est "déduite: 1) de la nature, de l'espèce, des moyens, de l'objet, du temps, du lieu et de tout autre modalité de l'action; 2) de la gravité du dommage ou du danger causé à la victime de l'infraction; 3) de l'intensité de la faute intentionnelle ou du degré de la faute non intentionnelle".

(9) D'après le second alinéa de cet article, le penchant à commettre des actes de délinquance est "déduit: 1) des mobiles des actes de délinquance et du caractère du délinquant; 2) des précédents pénaux et judiciaires et, de la conduite et de la vie en général du délinquant avant l'infraction; 3) de la conduite au moment de l'infraction et après; 4) des conditions de vie individuelle, familiale et sociale du délinquant".

infligée à la lumière des critères objectifs et subjectifs édictés à l'article 133 c.p., est considérée remplie même avec la simple insertion dans la décision de condamnation de formules brèves du type "à la lumière des critères indiqués à l'article 133 c.p.". D'un côté, ces formules toutes faites dispensent le juge d'une évaluation effective et sérieuse des multiples critères édictés par l'article 133 c.p., de l'autre, elles se révèlent incapables de mettre en évidence les raisons pour lesquelles le juge a déterminé la peine à l'intérieur des minima et des maxima.

4. *Les circonstances atténuantes et aggravantes. Les différentes catégories de circonstances et leur régime.*

Il existe toutefois un moyen qui permet au juge de descendre en deçà du minimum prévu pour une infraction donnée⁽¹⁰⁾, ou bien d'aller au delà du maximum prévu pour la même infraction. Il s'agit des circonstances légales régies par les articles 59 et suivants c.p. Comme on le sait, les circonstances sont des éléments légaux significatifs d'une gravité majeure ou mineure des faits commis: en conséquence, la subsistance de ces circonstances se traduit par un accroissement ou une atténuation de la réponse punitive.

Le système pénal italien, en raison de son formalisme très poussé, prévoit un grand nombre de circonstances et les soumet à un régime particulièrement méticuleux, qui permet au juge d'infliger une peine supérieure au maximum légal pour une infraction donnée (en cas de circonstances aggravantes), ou bien inférieure au minimum légal pour l'infraction en question (en cas de circonstances atténuantes).

Dans l'impossibilité de fournir une analyse détaillée du plus que complexe régime italien des circonstances, nous nous limiterons ici à souligner que, dans le respect du principe de légalité, les circonstances doivent être *explicitement prévues par le législateur*, lequel est, entre autres, tenu d'en indiquer avec clarté le contenu et les effets sur le plan de la peine. L'unique exception à cette règle se trouve à l'article 62-*bis* c.p. "Circonstances atténuantes générales" qui ne sont pas précisées par le législateur et qui peuvent donc être librement individualisées par le juge, dans une situation concrète examinée, pour consentir une diminution de la peine non réalisable par le recours aux circonstances atténuantes légalement définies. Les circonstances atténuantes générales, indépendamment du nombre d'entre elles reconnu par le juge au regard des faits examinés, autorisent une diminution

(10) Toujours est-il, que pour l'infraction d'espèce, la peine minimale ne coïncide pas avec le minimum prévu de manière générale pour la peine par le code pénal: en ce sens, aucune circonstance atténuante n'autorise le juge à appliquer une peine de réclusion inférieure à 15 jours, ou une amende inférieure à 2 euros.

de peine seulement dans la limite d'un tiers de la peine que le juge aurait appliquée en leur absence.

Les circonstances de l'infraction peuvent être distinguées selon les points de vue, en des catégories multiples. Nous nous attacherons ici aux principales.

a) Avant tout, on distingue les circonstances *aggravantes* des circonstances *atténuantes*, selon qu'elles comportent une augmentation ou une diminution de la peine.

b) Selon l'article 70 c.p., les circonstances peuvent être *objectives* ou *subjectives*. Les circonstances *objectives* se réfèrent aux modalités de l'action, à la gravité du dommage ou du danger et aux conditions de la victime; les circonstances *subjectives* visent l'élément psychologique de l'infraction ou plus généralement la personne du coupable. L'importance de la distinction tient dans le fait que pour ce qui est de la complicité (à ce sujet, voir *infra*, sub par. 5), seules les circonstances objectives ont des effets à l'égard de tous les participants à l'infraction⁽¹¹⁾.

c) Il existe des circonstances *communes* (cf. art. 61, 62, 112 e 114 c.p.) et *spéciales* (cf. par exemple art. 600-*sexies*, 625, 626, 640-*bis* c.p.) selon qu'elles sont applicables à un nombre non établi par avance d'infractions ou qu'elles sont prévues par le législateur seulement pour une ou plusieurs infractions spécifiques. Les circonstances communes comme les circonstances spéciales peuvent être, selon les cas, atténuantes ou aggravantes.

d) Il existe des circonstances (aggravantes ou atténuantes) à *effet commun* et à *effet spécial*. Les circonstances *aggravantes à effet commun* sont celles qui autorisent le juge à augmenter la peine jusqu'à un tiers, par rapport à la peine applicable en l'absence de telles circonstances⁽¹²⁾. Il est important de souligner qu'une telle augmentation s'attache à chaque circonstance aggravante, si bien que, si le juge constate, par exemple, trois circonstances aggravantes, il pourra procéder à trois augmentations distinctes de peine, cumulables entre elles. Un résultat égal et contraire s'obtient avec les *circonstances atténuantes à effet commun*, étant donné que chacune d'entre elles autorise une diminution jusqu'à un tiers de la peine.

Les circonstances (aggravantes ou atténuantes) à *effet spécial* sont celles qui, selon l'article 63, par. 3 c.p. "entraînent une augmentation ou une diminution de la peine supérieure à un tiers", ou bien qui entraînent l'application d'une peine d'un type différent de celle prévue pour l'infraction en l'absence de telles circonstances. Par exemple, sont des circonstances

⁽¹¹⁾ Cf., *amplius*, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale — Parte generale*, Bologna, 2001, p. 483 et s.

⁽¹²⁾ Par exemple, dans le cas où, en l'absence de circonstances, le juge aurait opté pour une peine de trois ans d'emprisonnement, la reconnaissance de l'existence d'une circonstance aggravante commune l'autorise à appliquer une peine d'emprisonnement comprise entre trois ans et un jour et quatre ans.

aggravantes à effet spécial, celles prévues, pour l'infraction de vol à l'article 625 c.p. en effet, alors que selon l'article 624 c.p., en l'absence de circonstance, le vol est puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 154,00 euros à 516,00 euros, dans le cas de l'une des circonstances aggravantes de l'article 625 c.p., le vol est puni d'une peine d'emprisonnement de un à six ans et d'une amende de 103,00 euros à 1032,00 euros.

D'autres exemples de circonstances à effet spécial se retrouvent au paragraphe 2 de l'article 635 c.p. en matière de «danneggiamento». En effet, alors qu'un dommage non circonstancié est puni d'une peine alternative d'emprisonnement jusqu'à un an ou d'une amende jusqu'à 309,00 euros, les hypothèses de dommage aggravé, dont il est question au paragraphe 2 du même article, sont punies exclusivement d'une peine d'emprisonnement, dont la durée minimum est de six mois et la durée maximum de trois ans.

e) Il a déjà été dit précédemment que chacune des circonstances atténuantes ou aggravantes (sauf celles "générales" dont il est question à l'article 62bis c.p.) autorise une diminution ou une augmentation autonomes de la peine.

En présence d'une pluralité de circonstances pour une même infraction, le calcul des diminutions ou des augmentations de la peine peut être très difficile, surtout dans les cas où on retrouve en même temps des circonstances à effet commun et à effet spécial. A ce propos, le régime existant en Italie se caractérise par une complexité inconnue dans la majorité des systèmes pénaux nationaux. Est d'ailleurs particulièrement intéressant le régime de concours des circonstances aggravantes et atténuantes. En effet, quand une infraction donnée se caractérise en l'espèce par la présence d'une ou de plusieurs circonstances aggravantes et d'une ou de plusieurs circonstances atténuantes, le juge peut choisir — indépendamment de la supériorité numérique des circonstances atténuantes ou des circonstances aggravantes — de prendre en considération uniquement les circonstances atténuantes ou bien au contraire de considérer uniquement celles aggravantes, ou bien encore de retenir que les circonstances atténuantes et aggravantes s'équilibrent entre elles et qu'elles se neutralisent donc réciproquement.

En définitive, la présence dans une espèce donnée de circonstances aggravantes et atténuantes aboutit à une amplification significative du pouvoir discrétionnaire du juge au niveau de l'évaluation de la peine. Dans de tels cas, en effet, le juge pourra, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, profiter au maximum de la somme des diminutions possibles autorisées par l'ensemble des circonstances atténuantes; ou bien user seulement pour partie de telles diminutions; ou bien considérer comme équivalentes les circonstances atténuantes et aggravantes, en appliquant la peine qu'il aurait infligée en l'absence de circonstances; ou bien encore faire prévaloir les circonstances aggravantes, mais en utilisant seulement pour partie les augmentations qu'elles autorisent; ou bien enfin en utilisant *in toto* les augmentations maximales de peine permises par le législateur.

5. *La tentative. Les catégories d'infractions punissables au titre de la tentative et le régime de sanctions applicable.*

Selon le paragraphe 1 de l'article 56 c.p. "la personne qui accomplit des actes pouvant aboutir à la commission d'un délit et dont le but non équivoque est de commettre un délit, doit répondre de tentative de délit, si l'action ne s'accomplit pas ou si l'événement ne se vérifie pas". Cette règle délimite les composantes essentielles de la tentative dans le système pénal italien. En effet, elle précise avant tout quels sont les comportements punissables au titre de la tentative, c'est-à-dire les actes qui résultent non seulement concrètement adaptés à la réalisation d'une infraction, mais aussi qui expriment la volonté de l'auteur de réaliser la résolution criminelle: pourtant, l'article 56 c1 c.p. laisse clairement entendre que la tentative n'est admise que pour les délits à caractère intentionnel. De plus, la règle en question spécifie que seuls les délits (et non les contraventions) peuvent être punis, même si l'infraction n'est pas achevée.

Toutefois, tous les délits intentionnels ne sont pas punissables au titre de la tentative. Il existe même plusieurs catégories de délits pour lesquels la tentative n'est pas imaginable⁽¹³⁾. En particulier, la tentative n'est admise ni pour les délits qui se réalisent par un seul acte (puisque la tentative "requiert un *iter criminis* divisible")⁽¹⁴⁾, ni pour les délits d'atteinte, qui constituent déjà par eux-même une forme de tentative et pour lesquels n'est donc pas admise la "tentative de tentative". Selon la doctrine majoritaire, les délits de mise en danger ne seraient pas non plus punissables au titre de tentative.

En ce qui concerne le régime de sanction de la tentative, il est traité au paragraphe 2 de l'article 56, selon lequel "la personne reconnue coupable de tentative est punie: d'une peine de réclusion non inférieure à douze ans si la peine prévue [pour le délit consommé] est la réclusion à perpétuité; et, dans les autres cas, de la peine prévue pour le délit, diminuée de un tiers à deux tiers". Le traitement punitif réservé à la tentative reflète le caractère à la fois subjectif et objectif du système pénal italien. Pour les infractions les plus graves (les délits en l'espèce), la tentative est punie pour sanctionner aussi bien l'intention coupable de l'auteur que la mise en danger de la valeur protégée, mais est punie moins sévèrement que l'infraction parfaite car la valeur protégée n'a pas été atteinte. Dans tous les cas, pour mieux adapter la peine au cas de l'espèce, un pouvoir discrétionnaire considérable est laissé au juge. En effet, en cas de tentative, pour les délits punis de la réclusion à perpétuité, peut être appliquée une peine de réclusion allant de 12 à 24 ans, alors que pour les

⁽¹³⁾ Sur ce sujet, voir entre autres, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, p. 523 et s.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, p. 361 et s.

⁽¹⁴⁾ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 466.

délits punis d'une peine de réclusion et/ou d'une amende peut être appliquée une peine oscillant entre un minimum calculé sur la base du minimum prévu pour l'infraction parfaite diminué de deux tiers et un maximum calculé sur la base du maximum prévu pour l'infraction parfaite diminué d'un tiers⁽¹⁵⁾. De plus, un tel pouvoir discrétionnaire du juge pourrait être ensuite accru grâce à un recours aux circonstances atténuantes ou aggravantes, dont l'application se révèle logiquement compatible avec la tentative⁽¹⁶⁾.

Pour conclure cette brève exposition du régime italien de la tentative, il est utile de rappeler que le code italien prévoit un traitement de faveur pour tous ceux qui, dans le cadre d'une tentative, suspendent la réalisation de l'infraction d'eux-mêmes et non en raison de causes externes à leur volonté. L'article 56 c.p. prévoit en effet, dans ses paragraphes 3 e 4 que "Si le responsable renonce volontairement à l'action, il subit seulement la peine prévue pour les actes accomplis, dès lors qu'ils constituent en eux-mêmes une infraction différente"⁽¹⁷⁾, et que "S'il empêche volontairement l'événement, il subit la peine établie pour la tentative diminuée de un tiers à la moitié". En définitive, ne sera pas puni l'auteur qui, dans le cadre d'une tentative, interrompt *volontairement* son action, c'est-à-dire sa conduite non encore achevée; alors qu'il sera puni mais d'une peine sensiblement plus légère que celle prévue par la loi pour la tentative si, une fois achevée la conduite propice à produire le dommage, il agira *volontairement* pour empêcher un tel événement⁽¹⁸⁾. Une partie de la doctrine italienne critique la différence de traitement punitif existant entre celui qui interrompt l'action délictueuse (*désistement*) et celui qui, après avoir accompli l'action, empêche l'événement (*renonciation active*)⁽¹⁹⁾. Adhérant à ces critiques, et dans le sillon de la tendance européenne d'unification des effets "positifs" attachés au *désistement* et à la *renonciation active*, le projet récent de code pénal présenté par la Commission ministérielle instituée par un décret ministériel du 1^{er} octobre 1998 ("Commission

(15) Ainsi, par exemple, la tentative de délit pour lequel est prévue une peine d'emprisonnement de trois à neuf ans pourra être punie d'une peine d'emprisonnement de un à six ans.

(16) Sur la difficile question de l'applicabilité des circonstances à la tentative, cf., entre autres, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale — Parte generale*, cit., p. 434 et s.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit, p. 469 et s.

(17) En ce sens, un voleur qui, après avoir forcé la fenêtre de la maison d'un tiers, renonce volontairement à entrer et à voler, sera puni seulement pour le dommage (art. 635 c.p.), et pas pour tentative de vol.

(18) Comme exemple de *renonciation active*, nous pouvons citer l'exemple d'un voleur qui, après avoir soustrait le sac d'une femme dans une rue déserte, ne s'enfuit pas mais, pris d'un soudain remords, lui restitue. De la même façon, sera puni au titre de *renonciation active* (et non de *tentative*) celui qui, après avoir jeté à l'eau, avec l'intention de le tuer, un jeune garçon ne sachant pas nager, se jette à l'eau et le sauve.

(19) Cf., en particulier, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale — Parte generale*, cit., p. 439 s.

Grosso”) prévoyait aussi la non punissabilité pour les cas de renonciation active⁽²⁰⁾.

6. *Le modèle unitaire de responsabilité adopté pour la complicité.*

En Italie, le régime de la complicité est prévu par les articles 110-119 c.p. L'examen de ces articles révèle que le code pénal actuel, conformément au climat de rigueur répressive de la période historique dans lequel il est né (1930), a adopté le modèle d'une même responsabilité pour tous les participants, indépendamment de leur rôle spécifique. En raison de son peu de souplesse, le modèle de responsabilité différenciée selon le type de participation à l'infraction (auteur, coauteur, complice matériel, complice psychologique), duquel s'inspirait le précédent code pénal de 1889, a donc été abandonné. En effet, le modèle de la responsabilité différenciée — encore prévu dans certains Etats européens —, s'il présente d'un côté l'avantage de préciser les critères en présence desquels, une conduite est pénalement caractérisée de complicité, fait d'un autre côté surgir des problèmes difficiles relatifs à la distinction des diverses formes de participation et entraîne aussi le risque d'éventuels vides pour des hypothèses de complicité différentes de celles prévues abstraitement par la loi. En définitive, donc, le modèle d'une même responsabilité apparaît plus facilement applicable en pratique⁽²¹⁾ et comme répondant mieux aux exigences de défense sociale⁽²²⁾, même si, inversement, il comporte le risque d'accroître excessivement les hypothèses de complicité.

Le choix en faveur d'un modèle unitaire pour le régime de la complicité n'exclut pas, de toutes façons, la possibilité de différencier (même si seulement pour partie) le niveau de responsabilité des différents participants, et donc n'interdit pas au juge de quantifier la peine en tenant compte du type de contribution concrète apportée par chacun des complices à la réalisation des faits. Il existe plus précisément deux mécanismes à travers lesquels le juge peut nuancer la peine, selon le degré plus ou moins important de participation à l'infraction.

a) *Le premier mécanisme est présenté au même article 133 c.p.*, selon lequel, comme nous l'avons déjà dit, “Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (...), le juge doit tenir compte de la gravité de l'infraction”, déduite entre autres: “1) de la nature, de l'espèce, des moyens, de l'objet, du temps, du lieu et

⁽²⁰⁾ Cependant, ce projet n'a pas eu de suite. En effet, la majorité parlementaire issue des élections de 2001 a déjà nommé une nouvelle Commission en vue d'un nouveau projet de code pénal.

⁽²¹⁾ Cf., en particulier, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale — Parte generale*, cit., p. 452.

⁽²²⁾ Cf. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 532.

de tout autre modalité de l'action; (...) 3) de l'intensité de la faute intentionnelle ou du degré de la faute non intentionnelle". Selon cet article, donc, le juge peut bien, pour chaque sujet concourant à l'infraction, individualiser la peine légale entre son minimum et son maximum, en considération du différent degré de participation (matérielle ou morale) à l'infraction et du degré manifeste d'intention. Par exemple, pourra être considéré avec une certaine indulgence celui qui a seulement facilité l'infraction, dans la mesure où, en l'absence de sa contribution à l'acte illicite, un tel acte aurait été commis de la même manière par l'auteur ou les auteurs principaux; de la même façon, pourra peut-être bénéficier de la clémence du juge celui qui démontre avoir participé à l'infraction quasiment contre sa volonté, influencé et intimidé par les autres participants, dotés d'une plus forte personnalité et d'une aptitude criminelle plus prononcée.

b) *Le second mécanisme de graduation de la peine entre les différents participants est exposé aux articles 112 et 114 c.p.*, qui prévoient respectivement certaines circonstances aggravantes et atténuantes limitées aux hypothèses de complicité. Il s'agit (exception faite pour les circonstances prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 112) de *circonstances à effet commun*: par conséquent, comme nous l'avons dit plus haut (voir le point N° 3), pourra être infligée pour les sujets auxquels est appliquée une de ces circonstances, une peine diminuée ou augmentée jusqu'à un tiers par rapport aux limites minimum et maximum prévus par la loi pour l'infraction donnée. Naturellement, des diminutions ou des augmentations encore plus importantes pourront être effectuées en présence de plusieurs circonstances atténuantes ou aggravantes.

Parmi ces circonstances aggravantes, il faut souligner ici celles applicables à la personne qui a favorisé, organisé ou dirigé l'activité des sujets à l'infraction, mais aussi celles applicables à la personne qui, dans le cadre de son activité de direction ou de surveillance, "a convaincu des subordonnés de commettre l'infraction" ou bien à la personne qui "a convaincu un mineur de 18 ans, ou une personne infirme ou déficiente psychologiquement de commettre l'infraction". Une circonstance aggravante à effet spécial (car pouvant augmenter la peine jusqu'à la moitié) est applicable au parent qui a convaincu son enfant mineur de commettre l'infraction.

Quant aux circonstances atténuantes de l'article 114 c.p., elles peuvent bénéficier à celui qui, en matière de complicité, a apporté une contribution qui "a eu une importance minimale dans la préparation ou la réalisation de l'infraction"; ou à celui qui "a été convaincu de commettre l'infraction ou de coopérer à l'infraction" par un supérieur hiérarchique; ou enfin à un mineur de 18 ans qui a été poussé à commettre le délit par un majeur ou par son propre parent. Il faut cependant souligner que, dans la pratique, la première des circonstances atténuantes ici énoncées (c'est-à-dire celle relative à la contribution "d'importance minimale") est très peu appliquée, et presque toujours dans les hypothèses où — selon la meilleure doctrine — la

participation à l'infraction de la part du sujet est incertaine ou même serait exclue pour absence de contribution individuelle.

Pour conclure ce bref exposé du régime de sanctions applicable, en Italie, aux cas de complicité, il est nécessaire de rappeler les hypothèses particulières prévues par les articles 116 et 117 c.p.; hypothèses qui entretiennent des relations tendues et même manifestement conflictuelles avec le principe de personnalité de la responsabilité pénale. Selon l'article 116 c.p., "Dès lors que l'infraction commise est différente de celle recherchée par certains participants, ceux-ci en répondent aussi, si l'événement est la conséquence de leur action ou de leur omission". On peut donner, comme exemple concret des effets de cette règle, celui où le participant à un vol, resté en voiture avec le moteur allumé pour favoriser la fuite de ses complices tout de suite après le vol, peut avoir à répondre de complicité pour un homicide volontaire réalisé, en dehors de la concertation pour l'infraction, au cours du vol. Et cela, dès lors que le meurtre commis par les complices, même si non voulu par le complice-conducteur de la voiture, constitue "une suite logiquement prévisible de l'infraction recherchée" (23). Afin de rendre moins injuste l'attribution à ce dernier d'une intention pour un meurtre qu'il n'a pas voulu, mais pour lequel il a commis une faute en n'en prévoyant pas l'éventualité, le second paragraphe de l'article 116 c.p. prévoit que "Si l'infraction commise est plus grave que celle recherchée, la peine est diminuée pour celui qui recherchait une infraction moins grave".

Pour ce qui est de l'article 117 c.p., il envisage l'hypothèse d'une responsabilité objective, par conséquent en opposition avec le principe de personnalité de la responsabilité pénale. Cette règle — pour laquelle la doctrine pronostique la déclaration d'inconstitutionnalité de la part de la Cour constitutionnelle — établit qu'est complice d'une infraction "propre", c'est-à-dire réalisée par une ou plusieurs personnes ayant une qualification particulière (24), même une personne privée d'une telle qualification et ignorant le fait qu'un autre complice de l'infraction possède la qualification nécessaire à la réalisation de l'infraction "propre". Toutefois, la responsabilité de la personne privée de la qualification par rapport à l'infraction "propre" sera constituée seulement si, en l'absence de la qualification nécessaire, le fait commis constitue quand même une infraction pénale, même si elle est différente et moins grave que l'infraction "propre". Si par exemple, une personne ne faisant pas partie de l'administration publique participe, avec une personne en faisant partie, au détournement de l'argent de l'administra-

(23) Cass., 5 février 1980, in *Riv. pen.*, 1980, p. 973; Cass., 31 janvier 1986, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1988, p. 273.

(24) On pense par exemple, aux personnes appartenant à l'administration publique pour lesquelles sont prévues des infractions particulières, assorties de sanctions très sévères.

tion, elle répondra de ses actes non pas au titre de complicité de l'infraction "de droit commun" d'abus de confiance, mais au titre de complicité de l'infraction "propre" (plus sévèrement punie) de malversation de fonds publics: et ceci même s'il n'était pas au courant que son complice était un fonctionnaire public. Toutefois, même dans ce cas, comme pour l'article 116 c.p., le juge peut diminuer la peine jusqu'à un tiers pour la personne privée de la qualification. Cette diminution de peine n'annule pas, toutefois, la violation du principe de personnalité de la responsabilité pénale à l'égard de celui qui est condamné pour une infraction différente de celle qu'il recherchait.

7. La reconnaissance des décisions pénales étrangères et leurs effets sur l'individualisation de la peine.

La reconnaissance des décisions pénales est régie par l'article 12 c.p. et par les articles 730 ss. c.p.p. L'article 12 reflète une conception encore "purement nationale" (ou, si l'on préfère, "autarcique") du droit pénal; c'est-à-dire une conception selon laquelle les décisions étrangères sont privées d'effet dans notre système juridique, et donc, n'interdisent pas que les mêmes faits, déjà examinés, soient jugés une seconde fois en Italie. Toutefois, l'article 12 c.p. admet la reconnaissance de la décision étrangère pour des fins secondaires, et essentiellement pour mieux évaluer la personnalité du condamné, mais seulement dans le cas où la décision concerne des faits qualifiés par la loi italienne de délit⁽²⁵⁾.

Donc, selon cette règle, la reconnaissance de telles décisions est admise⁽²⁶⁾: "1) pour établir la récidive ou un autre effet pénal de la condamnation, ou bien pour constater l'habitualité à l'infraction ou la tendance à commettre des infractions; 2) quand la condamnation entraîne, selon la loi italienne, une peine accessoire; 3) quand, selon la loi italienne, on doit soumettre la personne condamnée (...) à des mesures de sûreté personnelle; 4) quand la décision étrangère condamne à des restitutions ou à des dommages-intérêts", ou bien comporte d'autres effets civils.

(25) Selon l'article 12 par. 2 c.p., pour que la reconnaissance soit admissible, il faut aussi que la décision ait été prononcée par l'autorité judiciaire d'un Etat étranger avec lequel existe une convention d'extradition, ou bien, si une telle convention n'existe pas, que le Ministre de la Justice fasse expressément une demande de reconnaissance.

(26) Même si l'article 12 c.p. prévoit que "La décision pénale étrangère *peut* être reconnue", la jurisprudence a affirmé que, si les conditions requises par la loi sont réunies, une telle reconnaissance est *obligatoire*: Cf. *Esposizione di giurisprudenza curata da Brancaccio e Lattanzi, sub art. 12*. Par contre, la décision étrangère ne peut en aucun cas être reconnue si les mêmes faits ont donné lieu, en Italie, à un acquittement: cf. Cass., 6 juin 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 442.

L'analyse des effets de la reconnaissance prévus par l'article 12 n. 1 se révèle particulièrement intéressante. A ce propos, il faut d'abord souligner que ces effets ne concernent pas seulement ce qui est expressément indiqué par l'article en question (récidive⁽²⁷⁾, habitualité à l'infraction⁽²⁸⁾, tendance à commettre des infractions⁽²⁹⁾), mais aussi ce qui, sans être explicitement cité, rentre dans la catégorie des "effets pénaux de la condamnation". Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a affirmé qu'on pouvait tenir compte de la décision pénale étrangère de condamnation, comme facteur indicatif de la conduite du délinquant, pour refuser— dans le cas d'une condamnation en Italie pour des faits différents — la concession de circonstances atténuantes générales⁽³⁰⁾. Toujours selon la Cour de cassation, la reconnaissance de la décision étrangère de condamnation détermine la révocation du sursis à l'exécution de la peine ainsi que la révocation de la remise de peine⁽³¹⁾.

Les effets prévus par l'article 12 n. 1 c.p. présentent une particularité: en principe, la procédure de reconnaissance des décisions étrangères serait activée seulement en vue de l'obtention d'effets bien précis et concrets; au contraire, la doctrine fortement majoritaire retient pour la récidive, l'habitualité à l'infraction, la tendance à commettre des infractions et les autres effets pénaux, que la procédure de reconnaissance peut être mise en œuvre indépendamment d'un intérêt à les rendre immédiatement opérationnels. Du reste, en visant plus particulièrement la récidive, la jurisprudence aussi a affirmé plusieurs fois que la reconnaissance des décisions étrangères peut être activée même quand aucun procès pénal n'est en cours, en Italie, contre la même personne⁽³²⁾. En ce sens, la reconnaissance se justifie même seulement par le but de pouvoir contester, dans le futur, la récidive, c'est-à-

(27) Cf. art. 99 c.p. Selon le paragraphe 1 de cet article "La personne qui, après avoir été condamnée pour une infraction, en commet une autre, peut se voir infliger une augmentation de peine jusqu'à un sixième de la peine prévue pour la nouvelle infraction". Aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 99, sont prévues des hypothèses particulières de récidive qui permettent au juge des augmentations plus importantes de la peine (respectivement jusqu'à un tiers, la moitié, deux tiers, de un tiers à deux tiers).

(28) Cf. art. 102, 103, 104, 105 et 109 c.p.

(29) Cf. art. 108 et 109 c.p. Selon cette dernière règle, la déclaration d'habitualité à l'infraction ou de tendance à commettre des infractions entraîne soit les augmentations de peine prévues pour la récidive, soit l'application de mesures de sûreté (cf. art. 216, 226, 230 c.p. et 533 c.p.p.), soit enfin certains effets particuliers indiqués par d'autres dispositions législatives (cf. art. 29, 62 n. 3, 151 par. 5, 162-bis, 164 par. 2 n. 3, 172 par. 7, 173 par. 3, 174 par. 3 et 179 par. 3 c.p.).

(30) Cf. Cass., 12 juin 1979, in *Riv. pen.*, 1980, p. 393.

(31) Cf. Cass., 28 octobre 1992, in *Rep. Foro it.*, 1993, c. 2946.

(32) Cf., pour les références jurisprudentielles sur ce point, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 139.

dire après l'éventuel déclenchement — à la suite de la procédure de reconnaissance — d'un procès pénal devant le juge national pour des faits différents de ceux à l'origine de la décision étrangère.

L'examen de la jurisprudence permet donc d'affirmer que les décisions étrangères sont à même d'influencer de façon significative le juge national dans le cadre de son activité d'individualisation de la sanction ; et qu'en outre, en vertu de l'autonomie de la mesure de reconnaissance de la décision étrangère par rapport à une telle décision, cette dernière peut avoir dans notre système des effets non prévus par le système pénal étranger.

Il est utile de constater que les articles 730 ss. du code de procédure pénale de 1988 portent une très grande attention aux décisions pénales étrangères (articles adoptés aussi dans la perspective de donner application aux conventions internationales en matière de collaboration judiciaire, jusqu'à permettre une totale exécution, en Italie, du jugement étranger⁽³³⁾). En ce sens, afin de faciliter la reconnaissance des décisions pénales étrangères aux effets prévus par le code, le régime de l'article 730 c.p.p. a été récemment modifié — à travers l'insertion d'un paragraphe *2-bis* — par l'article 14 de la loi du 5 octobre 2001 (n. 367). L'art. 731 c.p.p. présente aussi un intérêt particulier; il prévoit que "Si le ministre de la Justice considère que, d'après un accord international, une décision pénale prononcée à l'étranger doit être exécutée en Italie ou doit avoir d'autres effets en Italie, il demande la reconnaissance d'une telle décision", selon les modalités prévues par le code de procédure pénale.

8. *L'aménagement des peines. Les principes directeurs dans le système juridique italien.*

Dans le système juridique italien, la Constitution indique aux articles 3, par. 2, 25, par. 2 et 27 par. 1 et 3 les principes fondamentaux qui caractérisent le système des sanctions pénales. Ils sont, dans l'ordre: *le principe de proportionnalité et d'égalité*, qui vaut même en matière de peines; *le principe de légalité des peines*, qui impose la nécessaire prédétermination législative des types de sanctions à appliquer; *le principe de finalité rééducative des peines et de l'interdiction de traitements contraires au sens d'humanité*.

Le respect de ces principes s'impose non seulement au moment du choix de la peine par le législateur et par le juge, mais aussi au moment de l'exécution de la peine elle-même.

⁽³³⁾ Cf., en particulier, MANZIONE, in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale*, par Padovani, Milano, 2000, *sub* art. 12, p. 66, et la bibliographie qui s'y trouve citée.

9. Les moments du procès où sont prévus des aménagements de peine. Les autorités compétentes et la procédure.

Les mesures d'adaptation des peines doivent être distinguées selon qu'elles interviennent: a) *avant et avec* la décision de condamnation; b) *après* que la décision de condamnation soit devenue définitive.

a) Dans le premier cas, l'autorité compétente pour appliquer les mesures d'adaptation des peines est le magistrat qui juge les faits et prononce la condamnation.

Comme nous l'avons déjà vu, *ex art. 133 c.p.* il est demandé au juge, pour le choix de la peine à appliquer au cas de l'espèce, une évaluation des éléments soit objectifs⁽³⁴⁾ soit subjectifs⁽³⁵⁾ de l'infraction. Il faut toutefois préciser que, dans la pratique judiciaire (à part le régime spécial prévu pour les accusés mineurs⁽³⁶⁾), les éléments d'évaluation de type objectif sont prioritaires; et cela aussi parce que le code de procédure pénale ne prévoit pas, dans cette phase, que les juges puissent se servir de la consultation d'experts professionnels spécialisés dans l'évaluation "psycho-criminologique" de la personnalité du délinquant accusé⁽³⁷⁾.

b) Après la décision définitive de condamnation, les mesures d'adaptation sont appliquées par la magistrature de surveillance de l'exécution des peines, c'est-à-dire, selon les cas, par le Magistrat ou le Tribunal de Surveillance de l'exécution des peines⁽³⁸⁾.

Cette autorité judiciaire se décide avec un processus de caractère judiciaire, c'est-à-dire avec la participation nécessaire du défenseur de l'intéressé et du ministère public⁽³⁹⁾.

Le Tribunal de Surveillance de l'exécution des peines est composé de deux juges professionnels (le Président et un Magistrat de surveillance du district), et de deux juges non professionnels (dits juges honoraires). Ces derniers sont nommés par le Conseil Supérieur de la Magistrature parmi les experts en psychologie, sociologie, pédagogie, psychiatrie, criminologie clinique. Peuvent aussi être nommés des professeurs de sciences criminelles.

Dans la plupart des cas, les mesures du magistrat de surveillance de l'exécution des peines peuvent être contestés d'abord devant le Tribunal de

⁽³⁴⁾ Cf., *supra*, *sub* par. 3, nt. 5.

⁽³⁵⁾ Cf., *supra*, *sub* par. 3, nt. 6.

⁽³⁶⁾ Cf., *infra*, *sub* par. 14.

⁽³⁷⁾ C'est ce qu'établit en effet l'article 220, par. 2 du code de procédure pénale.

⁽³⁸⁾ Cf. Sur ce point, CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1991, *passim*; *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, par GREVI, Padova, 1994, *passim*.

⁽³⁹⁾ La magistrature de surveillance de l'exécution des peines est régie par les art. 677 et s. du code de procédure pénale et par la loi du 26 juillet 1975 n. 354, modifiée par la loi du 10 octobre 1986 n. 663, art. 70 et s.

surveillance et puis, éventuellement devant la Cour de cassation (pour ces mesures sont donc prévus, sauf exceptions, trois degrés de jugement). Les mesures du Tribunal de surveillance peuvent être contestées seulement devant la Cour de cassation (pour ces mesures, il y a donc seulement deux degrés de jugement). Aux fins d'aménagement de la peine, la magistrature de surveillance peut déclencher une instruction extrêmement large, dans le but de recueillir toutes les informations et documents utiles pour la décision à adopter (cf. art. 666 c.p.p.)⁽⁴⁰⁾. Cependant, une instruction particulière est imposée dans le cas de condamnés pour certains délits déterminés, considérés comme présentant un danger social particulier (cf. art. 4bis de la l. 354/75⁽⁴¹⁾).

Pour les décisions de la magistrature de surveillance, un intérêt particulier est accordé à l'évaluation de la personnalité du condamné et de son contexte socio-économico-familier. Ainsi sont choisies les mesures d'adaptation de la peine la plus apte à favoriser la réinsertion sociale du délinquant et à prévenir le danger de récidive⁽⁴²⁾.

10. *Les mesures d'aménagement des peines et leurs différentes catégories. En particulier, les mesures d'extinction de la punissabilité.*

Les diverses mesures d'adaptation des peines peuvent être classées selon les effets qu'elles produisent par rapport à l'infraction commise. De ce point de vue, les mesures sont distinguées selon qu'elles: éteignent la punissabilité; modifient ou remplacent la peine infligée; suspendent l'exécution de la peine.

Les *mesures extinctives de la punissabilité*⁽⁴³⁾. — prévues par le Titre VI du livre I du code pénal — comportent *l'extinction de l'infraction ou l'extinction de la peine*, selon qu'elles interviennent avant ou après la décision définitive de condamnation. Dans le premier cas donc, l'Etat renonce à l'application de la sanction pénale prévue pour l'infraction commise, alors que dans le second, il renonce à l'application de la peine déjà infligée par le juge.

Pour des raisons de simplification, les causes d'extinction de la punissabilité peuvent être distinguées en *trois groupes* selon qu'elles se fondent: a) sur

⁽⁴⁰⁾ Voir le par. 5 de l'art. 666 c.p.p. et l'art. 185 des dispositions d'adaptation du c.p.p. Outre la possibilité de disposer d'une expertise psycho-criminologique pour évaluer la dangerosité sociale du condamné (comme c'est expressément prévu dans le code de procédure pénale à l'art. 220, par. 2), le juge acquiert les informations et les rapports du Centre de Service Social pour Adultes (cf. art. 72 de la loi du 26.07.1975 n. 354), de l'équipe pénitentiaire et de la police judiciaire sur le territoire (Carabinieri, Police d'Etat et Guardia di Finanza)

⁽⁴¹⁾ Sur ce point cf., *infra, sub* par. 13.

⁽⁴²⁾ Il faut souligner que l'art. 678 c.p.p. donne à la magistrature de surveillance la faculté de se prononcer non seulement sur demande de l'intéressé mais aussi d'office.

un fait naturel; b) sur un comportement du délinquant; c) sur un acte de clémence.

a) Font partie du premier groupe *la mort du délinquant et la prescription*.

La mort du délinquant éteint l'infraction si elle intervient avant la décision de condamnation, alors qu'elle éteint la peine si elle intervient après la décision de condamnation⁽⁴⁴⁾. Plus précisément, dans ce second cas, la mort éteint la peine principale, les peines accessoires⁽⁴⁵⁾, les mesures de sûreté et tous les effets pénaux de la condamnation, y compris les sommes dues jusqu'à ce moment par le condamné pour son maintien en prison.

La prescription est une cause extinctive de l'infraction ou une cause extinctive de la peine dès lors qu'un certain laps de temps s'est écoulé depuis la commission de l'infraction, sans que soient intervenues, respectivement, la décision de condamnation ou bien l'exécution de la peine infligée⁽⁴⁶⁾. Notre système prévoit des termes de prescription différents, proportionnés respectivement au type ou à la durée de la peine prévue par la loi pour l'infraction ou bien au type et à la durée de la peine infligée. Toutefois, pour les infractions punies de la peine de réclusion à perpétuité, la prescription n'est pas admise⁽⁴⁷⁾.

La prescription de la peine n'éteint pas les peines accessoires et les effets pénaux de la condamnation.

b) Fait partie du second groupe uniquement *l'oblazione (amende forfaitaire)*, prévue seulement pour les contraventions punies de la seule peine pécuniaire ou bien de la peine de détention alternative à celle pécuniaire. *L'oblazione* consiste dans le paiement volontaire, de la part du délinquant, avant le début du jugement, d'une somme précise prédéterminée par le législateur⁽⁴⁸⁾.

c) Le troisième groupe englobe des causes d'extinction de la peine très hétérogènes et que l'on peut distinguer en une pluralité de sous-groupes.

c1) Certaines mesures de nature politique, c'est-à-dire *l'ammistie, la remise de peine, la grâce*;

c2) *la suspension conditionnelle de la peine*;

⁽⁴³⁾ Celles-ci n'éteignent pas toutefois les obligations civiles découlant de l'infraction, c'est-à-dire les obligations de dédommagement des préjudices dérivant de l'infraction.

⁽⁴⁴⁾ Cf. les art. 150 c.p. et 171 c.p.

⁽⁴⁵⁾ Cf. *supra*, sub. par. 2

⁽⁴⁶⁾ Cf. les art. 157 c.p., 172, 173 c.p.

⁽⁴⁷⁾ Quant aux cas d'imprescriptibilité de la peine, ils renvoient à l'art. 172 c.p. avec référence aux condamnés plurirécidivistes (plus précisément aux cas de récidive aggravée ou réitérée selon l'art. 99 c.p., aux condamnés déclarés socialement dangereux (c'est-à-dire déclarés délinquants par habitude ou par tendance) ou bien qui durant le temps nécessaire à la prescription de la peine ont été condamnés à la réclusion pour un délit du même genre (pour la définition, renvoi est fait à l'art. 101 c.p.)

⁽⁴⁸⁾ Cf. art. 162 et 162 bis c.p.

c3) Certaines mesures appliquées par le Tribunal de Surveillance après la condamnation définitive, c'est-à-dire *la libération anticipée, la libération conditionnelle, la mise à l'épreuve et la suspension de l'exécution de la peine d'emprisonnement.*

c1) *l'amnistie* est une mesure générale par laquelle l'Etat renonce à l'application de la peine pour des infractions déterminées. L'amnistie est *propre* si elle intervient avant la condamnation et a un effet extinctif de l'infraction; elle est *impropre* si elle intervient après la condamnation définitive et éteint seulement la peine principale et les peines accessoires⁽⁴⁹⁾.

Comme la prescription, l'amnistie ne peut pas non plus bénéficier à certaines catégories particulières d'infractions et de sujets.

La remise de peine, est, comme l'amnistie, une mesure générale. Toutefois, contrairement à l'amnistie, elle opère exclusivement sur la peine principale qui est remise totalement ou pour partie ou bien remplacée par une autre sorte de peine.

La grâce est une mesure dont la prérogative revient exclusivement au chef de l'Etat et détermine l'extinction de la peine. La grâce est une mesure spéciale dans la mesure où elle s'adresse à un condamné déterminé et où la portée plus ou moins grande de ses effets est à la discrétion du Président de la République.

L'amnistie, la remise de peine et la grâce sont une expression caractéristique de *l'indulgentia principis* et leur justification se fonde sur des raisons exceptionnelles d'opportunité politique et d'exigence d'apaisement social.

La grâce en particulier, est l'instrument auquel le chef de l'Etat peut recourir pour satisfaire des exigences d'équité et de justice dans un cas particulier, permettant d'interrompre l'exécution de la peine face à des situations processuelles et familiales du condamné méritant de prévaloir sur l'exécution de la condamnation.

En Italie, l'amnistie et la remise de peine ont été souvent utilisées pour alléger la charge de la justice, pour réduire le problème de surpopulation des prisons et donc pour réaliser des formes de dépenalisation non prévues par le législateur.

Toutefois — après la réforme du système pénitentiaire de 1986 qui a introduit de nombreux moyens tendant à favoriser la sortie du condamné de prison en cours d'exécution de la peine — le recours à de telles voies est devenu très rare (les derniers cas d'amnistie et de remise de peine remontent à 1990 et à 1992 pour les seules infractions fiscales⁽⁵⁰⁾).

c2) *La suspension conditionnelle de la peine* est une mesure de clémence

⁽⁴⁹⁾ Cf. art. 151 c.p.

⁽⁵⁰⁾ Cf. Décret du Président de la République (d.P.R.) 12 avril 1990 n. 75, *Concessione di amnistia*; d.P.R. 22.12.1990 n. 394, *Concessione di indulto*; d.P.R. 20.01.1992 n. 23, *Concessione di amnistia per i reati tributari*.

adoptée par le juge, aux fins de prévention spéciale, au moment de la condamnation⁽⁵¹⁾. Elle permet la suspension de l'exécution de la condamnation infligée par la décision pour une période de temps déterminée (5 ans pour les délits et 2 ans pour les contraventions), durant laquelle si le sujet n'a pas commis une autre infraction, l'infraction s'éteint et donc la condamnation; si au contraire, durant cette période, le condamné commet une autre infraction, le bénéfice est révoqué⁽⁵²⁾.

La concession d'un tel bénéfice est subordonnée à l'existence de deux conditions, l'une de nature objective et l'autre de nature subjective: en premier lieu, il est nécessaire qu'il s'agisse d'une condamnation à une peine d'emprisonnement non supérieure à deux ans⁽⁵³⁾; en second lieu, il est nécessaire que le juge présume, eu égard aux circonstances indiquées à l'art. 133 c.p., *que le coupable s'abstiendra de commettre d'autres infractions*.

La suspension conditionnelle de la peine ne peut pas être concédée aux condamnés dangereux; de toutes façons, elle ne peut pas être concédée plus de deux fois.

Il faut toutefois observer que, dans la pratique, les juges concèdent presque toujours la suspension conditionnelle dans les cas où la peine applicable n'est pas supérieure à deux ans et où le délinquant n'est pas pluri-récidiviste. De plus, il faut signaler que l'application de cette mesure est fréquente, même quand les limites objectives indiquées ci-dessus ne sont pas remplies, à cause d'un manque de mise à jour du casier judiciaire: dysfonctionnement auquel il est remédié par la révocation ultérieure du bénéfice indûment concédé.

c3) Comme nous l'avons déjà dit, dans la phase d'exécution de la condamnation, sont prévues des mesures applicables par le Tribunal de Surveillance, et en particulier: *la mise à l'épreuve par les services sociaux, la suspension de l'exécution de la peine de détention, la libération anticipée et la libération conditionnelle*.

Il est important de rappeler que par une récente modification de l'article 656 c.p.p, survenue en 1998⁽⁵⁴⁾, le législateur italien a entendu éviter, dans la mesure du possible, l'entrée en prison de condamnés à des peines non supérieures — dans les cas ordinaires — à trois ans. En effet, quand doit

(51) Le régime de cette cause d'extinction de la peine est prévu à l'art. 163 c.p. et s.

(52) D'autres causes de révocation de la suspension conditionnelle de la peine sont prévues par l'art. 168 c.p.

(53) La limite de deux ans passe à deux ans et six mois, dans le cas d'une infraction commise par un majeur de moins de 21 ans ou bien par une personne de plus de 70 ans et s'élève jusqu'à trois ans quand il s'agit de condamnés mineurs. Dans le calcul rentre aussi la peine pécuniaire (seule ou jointe à la peine d'emprisonnement): selon l'art. 135 c.p, 38 euros de peine pécuniaire sont équivalents à un jour de peine d'emprisonnement.

(54) Cf. Loi 27 mai 1998 n. 165.

être effectuée l'exécution d'une peine d'emprisonnement non supérieure à trois ans⁽⁵⁵⁾ (même si elle constitue le résidu d'une peine plus importante), le ministère public suspend l'exécution de l'ordre d'incarcération. Cette décision est notifiée au condamné et à son défenseur avec l'avis que dans les trente jours peut être formée une action, accompagnée des indications et de la documentation nécessaires, destinée à obtenir la concession d'une mesure alternative à l'emprisonnement⁽⁵⁶⁾. L'avis informe aussi, qu'à l'expiration du délai de trente jours, si aucune action n'est formée, l'exécution de la peine se fera immédiatement.

La mise à l'épreuve par le service social est la plus large mesure alternative à l'emprisonnement, à l'origine prévue exclusivement pour les peines d'emprisonnement infligées non supérieures à trois ans; toutefois, dans la pratique, le concept de "peine d'emprisonnement infligée" a été interprétée dans le sens de peine restant à expier, élargissant l'admissibilité de la mesure aussi au condamné pour lequel il reste à expier une peine rentrant dans la limite des trois ans⁽⁵⁷⁾.

Le condamné admis à la mise à l'épreuve poursuit l'expiation de la partie résiduelle de la peine à l'extérieur, avec l'obligation de respecter des prescriptions particulières⁽⁵⁸⁾ sous l'encadrement et le contrôle d'un organe de l'administration, appelé Centre de Service Social pour Adultes⁽⁵⁹⁾.

Le Tribunal de Surveillance concède un tel bénéfice quand il retient qu'il contribue à la rééducation du délinquant et assure la prévention d'autres infractions.

Au terme de la période de mise à l'épreuve, le Tribunal de Surveillance, dès lors qu'il considère le résultat de la période d'épreuve comme positif, prononce une ordonnance qui éteint la peine et tout autre effet pénal; dès lors au contraire qu'il résulte un comportement contraire à la loi ou aux prescriptions faites, le bénéfice est révoqué et la peine résiduelle d'emprisonnement à expier déterminée. Il est intéressant de rappeler l'orientation jurisprudentielle constante qui exclut la possibilité d'exécution de la mise à l'épreuve hors des frontières nationales, cela en considération du fait que les centres de service social pour adultes exécutent seulement sur le territoire

⁽⁵⁵⁾ Ou bien non supérieures à quatre ans dans les cas prévus par les art. 90 et 94 d.P.R. 309/1990.

⁽⁵⁶⁾ Comme la mise à l'épreuve, la détention à domicile, la semi-liberté, la mise à l'épreuve dans des cas particuliers, la suspension de l'exécution de la peine de détention.

⁽⁵⁷⁾ Cf. art. 47 loi 354/1975, modifiés par les lois 663/1986 et 165/1998. cf. Cass. sez. I, sent. 7.05.1996 n. 973; Cass. sez. I, sent. 22.04.1995 n. 1051.

⁽⁵⁸⁾ Imposées par le Tribunal de Surveillance: il s'agit de prescriptions personnalisées, qui touchent normalement la liberté de se déplacer sur le territoire, les horaires de retour au domicile, l'interdiction de fréquenter les victimes, l'obligation d'exécuter une activité en faveur de la victime de l'infraction.

⁽⁵⁹⁾ Cf. art. 47, par. 9 loi 354/1975.

national leurs activités, activités qui par leur nature spécifique, ne font pas partie des fonctions étatiques que l'on peut exercer à l'étranger dans les bureaux consulaires italiens⁽⁶⁰⁾.

Le phénomène croissant de la criminalité liée à la toxicomanie (ou bien à l'alcoolisme) a mis en évidence l'opportunité des deux mesures suivantes: *la mise à l'épreuve dans des cas particuliers*⁽⁶¹⁾ et *la suspension de l'exécution de la peine*⁽⁶²⁾. La particularité est que ces deux mesures peuvent s'appliquer à des peines allant jusqu'à quatre ans, y compris les quatre dernières années d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure. Les autres conditions d'admissibilité touchent à la subsistance ou bien au résultat positif pour le condamné d'un programme thérapeutique de désintoxication.

Avec la concession de la suspension de l'exécution de la peine, le Tribunal de Surveillance suspend l'exécution de la peine pour cinq ans. Si pendant cette période, le condamné ne commet pas de délit intentionnel punissable du seul emprisonnement et dans le même temps a mis en oeuvre le programme thérapeutique, la peine et tout autre effet pénal de la condamnation s'éteignent; dans le cas contraire, la suspension est révoquée. Il est important de rappeler que la suspension de l'exécution, contrairement à la mise à l'épreuve, ne nécessite pas la soumission aux prescriptions prises aux fins de la prévention spéciale.

La libération anticipée (réduction de peine) vise la diminution égale à 45 jours par semestre de peine effectuée par les condamnés qui *ont donné une preuve de participation à l'œuvre de rééducation*⁽⁶³⁾.

De fait, la jurisprudence reconnaît comme prérequis suffisant pour reconnaître le bénéfice, l'absence de remarques disciplinaires de la part de l'administration pénitentiaire. La libération anticipée est par conséquent un instrument puissant pour la discipline des prisons.

Il faut souligner que les réductions de peine non seulement anticipent le moment du définitif retour à la liberté du condamné, mais aussi permettent de réduire les périodes minimales de détention nécessaires pour jouir des autres mesures d'aménagement des peines prévues par le système pénitentiaire.

La libération anticipée est révocable dans le cas de condamnation pour un délit intentionnel commis au cours de son exécution après la concession de ce bénéfice.

⁽⁶⁰⁾ Cf. Cass. sez. I, sent. 30.12.1999 n. 5895.

⁽⁶¹⁾ Pour un examen des conditions requises pour la concession d'une telle mesure cf. art. 94 d.P.R. 309/1990.

⁽⁶²⁾ Cette mesure est appliquée non seulement dans les mêmes hypothèses que celles pour lesquelles est admise la mise à l'épreuve dans les cas particuliers de toxicomanie mais aussi dans les cas où le condamné a déjà conclu positivement un programme thérapeutique de désintoxication.

⁽⁶³⁾ Cf. art. 54 loi 354/1975

La libération conditionnelle s'applique au condamné à une peine de détention de longue durée, qui durant le temps d'exécution de sa peine, aura eu un comportement *apte à démontrer avec certitude son repentir* (64). La libération conditionnelle présuppose en effet que le condamné ait accompli la moitié de sa peine et de toutes façons pas moins de trente mois de prison; elle présuppose aussi que le reste de peine à effectuer ne soit pas supérieur à cinq ans. Ce bénéfice est concevable aussi pour les condamnés à perpétuité, une fois effectués 26 ans de peine. Une autre condition nécessaire pour l'admission de la libération conditionnelle est d'avoir veillé au dédommagement des préjudices consécutifs à l'infraction, sauf si le condamné démontre se trouver dans l'impossibilité de la remplir. La concession de la libération conditionnelle fait cesser immédiatement l'état de détention du condamné, soumis alors à la mesure de sûreté non détentive de liberté surveillée durant tout le temps de la peine restant à effectuer ou bien pour cinq ans dans le cas des condamnés à perpétuité. Si durant le temps de l'exécution de la liberté surveillée, le condamné ne commet pas de nouvelle infraction pénale et ne transgresse pas les obligations imposées, la peine s'éteint et les mesures de sûreté personnelles sont révoquées; dans le cas contraire, le bénéfice est révoqué, et la peine de détention restant à expier déterminée, eu égard au temps passé en liberté conditionnelle, aux restrictions subies mais aussi au comportement du condamné pendant la période.

Il paraît opportun de souligner que la mesure de libération conditionnelle constitue le moment final du parcours de resocialisation du détenu.

11. *Les mesures de modification de la peine et de substitution à la peine.*

Les mesures de modification ou de substitution concernent seulement la peine de détention et se distinguent en deux catégories: *a)* celles décidées par le juge dans le prononcé de la décision de condamnation; *b)* celles qui sont appliquées par la magistrature de surveillance dans la phase d'exécution de la condamnation.

a) Font partie des mesures de la première catégorie les soi-disant *peines de substitution*, c'est-à-dire *la semi-détention, la liberté surveillée, la peine pécuniaire de substitution.*

(64) L'évaluation de l'effectif *repentir* du condamné requiert des informations particulièrement approfondies par rapport à la resocialisation du condamné: avec une référence particulière soit aux rapports entretenus par le détenu avec ses compagnons de prison, avec le personnel pénitentiaire, avec ses proches, soit à l'effective volonté de réinsertion démontrée dans son travail, ses études, dans ses manifestations de solidarité et son intention de réparer les conséquences dommageables de sa conduite déviante. Cf. Cass. sez. I, sent. 4.05.2000 n. 1541; Cass. sez. I, sent. 3.06.1997 n. 1965.

Ces mesures ont été introduites par la loi 689/81, dans la conviction que les peines de détention de brève durée, parce qu'inefficaces, désocialisantes et criminogènes, doivent être appliquées seulement dans des cas exceptionnels.

Les peines de substitution peuvent être appliquées par le juge en présence de deux conditions distinctes:

La première est que la peine de détention applicable au cas de l'espèce ne doive pas dépasser un an;

La seconde est qu'il n'y ait pas de causes subjectives ou objectives d'inadmissibilité. Quant aux causes subjectives, selon l'art. 59 de la loi 698/81, la substitution de la peine n'est pas admise pour ceux qui ont manifesté une dangerosité sociale certaine. Quant aux causes objectives, l'art. 60 de la loi 698/81 indique expressément les infractions pour lesquelles la peine de substitution ne peut être appliquée⁽⁶⁵⁾.

L'application des sanctions de substitution est confiée par la loi au pouvoir discrétionnaire du juge. L'art. 58 de la loi 689/81 établit en effet que "*le juge (...), en tenant compte des critères indiqués à l'art. 133 c.p., peut remplacer la peine de détention et choisit entre les peines de substitution celle qui est la plus adaptée à la réinsertion sociale du condamné. Il ne peut remplacer la peine de détention quand il présume que les prescriptions ne seront pas remplies par le condamné*". Toutefois, selon l'art. 53 de la loi 689/81, dans le cas où la peine de détention applicable au cas d'espèce est comprise entre six mois et un an, le juge pourra appliquer comme peine de substitution uniquement la semi-détention; au contraire, quand la peine de détention applicable est comprise entre trois et six mois, le juge pourra appliquer de façon discrétionnaire la semi-détention ou la liberté surveillée; enfin dans le cas où la peine de détention applicable n'est pas supérieure à trois mois, le juge pourra appliquer discrétionnairement la semi-détention, la liberté surveillée ou la peine pécuniaire de substitution.

La semi-détention est la peine de substitution la plus sévère, très semblable dans son contenu à la semi-liberté (cf. *infra, sub b*), en ce qu'elle comporte l'obligation de passer au moins dix heures par jour dans un établissement pénitentiaire et toute une série d'autres prescriptions qui limitent de façon substantielle la liberté de déplacement du condamné⁽⁶⁶⁾. En cas d'inobservation, même d'une seule des prescriptions imposées, est prévue, à l'art. 66 de la loi 698/81, la conversion de la peine de substitution non encore effectuée en la peine de détention correspondante originellement substituée⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ A titre d'exemple: les infractions de corruption, d'usure, de faux témoignage; celles prévues par les lois de prévention des accidents du travail, mais aussi par les lois en matière de travaux et d'urbanisme, en matière d'armes à feu, munitions et explosifs, quand pour ces infractions la peine de détention n'est pas alternative à celle pécuniaire.

⁽⁶⁶⁾ Cf. art. 55 de la loi 698/1981.

⁽⁶⁷⁾ D'autres cas de révocation sont prévus à l'art. 72 de la loi 698/81.

Selon l'art. 57 de la loi 698/81, pour la conversion, un jour de peine de détention équivaut à un jour de semi-détention.

La liberté surveillée comporte l'interdiction de s'éloigner de la commune de résidence, sauf autorisation, l'obligation de se présenter au moins une fois par jour au poste de police local et toute une série de prescriptions identiques à celles prévues pour la semi-détention⁽⁶⁸⁾. Là aussi, en cas d'inobservation des prescriptions, est appliqué ce qui a été dit à propos de la semi-détention.

Selon l'art. 57 de la loi 698/81, pour la conversion, un jour de peine de détention équivaut à deux jours de liberté surveillée.

La peine pécuniaire de substitution peut être payée en une ou plusieurs fois. Dans tous les cas, selon l'art. 135 c.p., pour la conversion, un jour de peine de détention équivaut à 38 euros.

b) Font partie des mesures de la seconde catégorie (c'est-à-dire celles appliquées par la magistrature de surveillance) *les permissions de sortir, la semi-liberté et la détention à domicile*.

Les permissions de sortir sont régies par l'art. 30ter de la loi 354/75. Selon cette loi, le magistrat de surveillance peut concéder ces permissions au condamné qui a eu une *conduite régulière*⁽⁶⁹⁾ et qui *n'apparaît pas socialement dangereux, pour entretenir des intérêts affectifs, culturels et de travail*. Chaque permission de sortir ne peut avoir une durée supérieure à quinze jours, et sur un an de détention, le condamné ne peut bénéficier de plus de quarante-cinq jours de permission.

La semi-liberté permet au condamné de passer une partie de la journée hors de l'établissement pénitentiaire pour participer à un travail, à un apprentissage ou à une activité de toutes manières utile à la réinsertion sociale⁽⁷⁰⁾. La compétence d'admission de la semi-liberté et de sa révocation revient au Tribunal de Surveillance (art. 70 loi 354/75), qui est appelé à évaluer aussi bien *les progrès effectués en cours de traitement* par le condamné que l'aptitude de l'activité resocialisante proposée par lui aux fins de sa réinsertion en milieu libre.

La semi-liberté peut être concédée non seulement aux condamnés en état de détention après qu'ils aient effectué au moins la moitié de la peine, mais aussi avant l'exécution de la peine aux condamnés à "l'arresto" ou à une peine d'emprisonnement non supérieure à six mois⁽⁷¹⁾. Peuvent être concédées à

⁽⁶⁸⁾ Cf. art. 56 loi 698/81.

⁽⁶⁹⁾ L'art. 30ter dernier par. spécifie que: "*La conduite des condamnés est considérée régulière quand les sujets, durant la détention, ont manifesté dans leur comportement personnel un sens constant de responsabilité et de correction, dans les activités organisées au sein des établissements pénitentiaires et dans des éventuels travaux et activités culturelles*".

⁽⁷⁰⁾ Cf. art. 48 et s. loi 354/1975.

⁽⁷¹⁾ Pour d'autres hypothèses particulières dans lesquelles la semi-liberté peut être concédée, voir art. 50 loi 354/1975.

titre de prime, au condamné admis au régime de la semi-liberté, des licences de durée non supérieure, dans l'ensemble, à quarante-cinq jours par an⁽⁷²⁾.

La détention à domicile est un moyen créé pour réserver un traitement de faveur à certaines catégories de personnes en considération de leur *statut* particulier, afin qu'ils puissent effectuer la peine à leur domicile ou dans un autre lieu de cure ou d'assistance. Tout cela afin de concilier les exigences opposées d'exécution de la peine et de sécurité sociale d'un côté et de la protection de certains droits fondamentaux de l'individu (comme le droit à la santé, le droit-devoir au maintien et à l'éducation de ses enfants et le droit à la protection de la maternité) de l'autre⁽⁷³⁾.

D'un point de vue objectif, on peut effectuer à domicile la peine de la «*reclusione*» non supérieure à quatre ans, même constituant le résidu d'une peine majeure ou bien la peine d'«*arresto*».

Récemment⁽⁷⁴⁾, les conditions d'admissibilité ont été élargies avec l'introduction de quatre nouvelles hypothèses, applicables même en dérogation des prérequis objectifs et subjectifs indiqués ci-dessus. De telles modifications autorisent une application très étendue de la détention à domicile et mettent en évidence la volonté du législateur d'utiliser ce moyen surtout pour endiguer le grave problème de surpopulation carcérale⁽⁷⁵⁾.

L'art. 17 de la loi 19.01.2001 n. 4, a introduit une modalité particulière de vérification de l'observation des prescriptions imposées au détenu à domicile, en autorisant le Tribunal de Surveillance à prévoir des modalités de contrôle au travers de moyens électroniques (le soi-disant bracelet électronique) ou d'autres instruments techniques. Cette modalité de contrôle est, dans tous les cas, subordonnée à l'acceptation du condamné; la loi a introduit une norme spécifique pour sanctionner pénalement le condamné qui altère ces instruments pour se soustraire au contrôle ou qui se soustrait frauduleusement à leur application ou fonctionnement (art. 18).

⁽⁷²⁾ Cf. art. 52 loi 354/1975.

⁽⁷³⁾ Selon l'art. 47*ter* loi 354/1975, pour bénéficier de la détention à domicile, il faut:

- Être une femme enceinte ou bien être mère d'enfants de moins de dix ans vivant avec elle.
- Être un père exerçant l'autorité parentale sur des enfants de moins de dix ans vivant avec lui, quand la mère est décédée ou est dans l'impossibilité absolue de prêter assistance à ses enfants.
- Être dans un état de santé particulièrement grave requérant des contacts constants avec les directions sanitaires territoriales.
- Avoir plus de 60 ans et être, même partiellement incapable.
- Avoir moins de 21 ans pour des exigences établies d'études, de travail et de famille.

⁽⁷⁴⁾ Cf. l. 27 mai 1998 n. 165; l. 12 juillet 1999 n. 231; l. 8 mars 2001 n. 40.

⁽⁷⁵⁾ Pour un examen détaillé des nouvelles hypothèses dans lesquelles le condamné peut bénéficier d'une détention à domicile, voir les art. 47*quater* et 47*quinquies* loi 354/1975.

Durant l'exécution de la détention à domicile, le condamné n'est soumis à aucun traitement de rééducation (comme il arrive par exemple pour la mise à l'épreuve); aucune charge ne pèse donc sur l'administration pénitentiaire pour son entretien, sa cure ou assistance médicale.

La révocation de la détention à domicile est faite par le Tribunal de Surveillance, en cas d'éloignement du lieu d'exécution de la détention à domicile et chaque fois où le comportement du condamné, contraire à la loi et aux prescriptions faites, apparaît incompatible avec la poursuite de la mesure.

12. *Les mesures de suspension de l'exécution de la peine.*

La suspension de l'exécution de la peine est prévue dans le code pénal dans deux hypothèses différentes, l'une obligatoire (cf. art. 146 c.p), l'autre facultative (cf. art. 147 c.p.). La compétence de cette décision est réservée au Tribunal de Surveillance⁽⁷⁶⁾.

Les deux hypothèses de renvoi de l'exécution de la peine, indiquées par la loi, concernent des exigences de protection de la maternité, de sauvegarde de la santé et de la dignité du malade du sida et de sauvegarde de la santé de la population carcérale⁽⁷⁷⁾. A cause de l'extrême ressemblance entre les prérequis à l'admission de la détention à domicile et ceux pour la concession du renvoi de l'exécution de la peine, le domaine d'application de ces deux mesures tend à coïncider. La loi n'a pas indiqué les critères de choix pour résoudre le problème, laissant ainsi à un organe juridictionnel, le Tribunal de Surveillance, une décision délicate à prendre. Il faut souligner toutefois qu'en pratique le juge privilégie le recours à la détention à domicile, alors que les formes de renvoi de l'exécution de la peine sont appliquées plus rarement,

⁽⁷⁶⁾ Avec faculté d'intervention immédiate, par mesure interlocutoire, du Magistrat de Surveillance. Cf. art. 684 c.p.p

⁽⁷⁷⁾ Le renvoi de la peine, non pécuniaire est obligatoire, quand il s'agit:

- D'une femme enceinte;
- d'une mère d'enfants de moins d'un an;
- d'une personne atteinte d'un sida déclaré ou d'une grave déficience immunitaire, ou bien d'une autre maladie si avancée que, selon les certificats du service sanitaire pénitentiaire ou externe, elle ne répond plus aux traitements effectués et aux thérapies curatives.

Le renvoi est facultatif dans les cas où:

- est présentée une demande de grâce, et l'exécution de la peine n'a pas à être différée selon l'article précédent;
- une peine restrictive de liberté personnelle doit être exécutée par une personne qui se trouve dans des conditions de grave infirmité physique;
- une peine restrictive de liberté personnelle doit être exécutée par une mère d'enfants de moins de trois ans.

étant donné que seule la période effectuée en détention à domicile vaut exécution de la peine. En général, le renvoi de l'exécution de la peine est adopté dans les situations où l'exécution de la peine sous forme de détention à domicile ne correspond ni à l'intérêt public ni à celui du condamné: par exemple dans le cas d'un malade en phase terminale ou d'un condamné en attente de grâce.

13. *Les limites normatives générales et le pouvoir discrétionnaire de la magistrature de surveillance dans l'application des aménagements des peines.*

Pour certains délits, le législateur a prévu, en se référant à la phase exécutive des peines, certaines limites générales à l'applicabilité des *aménagements de peines* ⁽⁷⁸⁾. A ce sujet, la norme la plus importante est l'art. 4*bis* de la loi 354/75, introduit par une réforme de 1991. En particulier, cette norme prévoit deux sortes de délits auxquels correspond un penchant différent à accorder, de la part de la magistrature de surveillance, le bénéfice des permissions de sortir, de la semi-liberté, de la mise à l'épreuve, de la détention à domicile et de la libération conditionnelle ⁽⁷⁹⁾.

De façon générale, on peut affirmer que tous les délits prévus par cette norme sont caractérisés par l'existence présumée d'un lien avec la criminalité organisée. Ainsi, la première liste contient des délits qui sont considérés comme ayant "un certain lien avec le crime organisé", alors que la seconde liste contient des délits considérés comme présentant un danger social particulier "mais pas directement rattachables à la délinquance organisée" ⁽⁸⁰⁾.

Désormais, en cas de condamnation pour l'un des délits faisant partie de la première catégorie, selon l'article 58*ter* de la loi 354/75, la concession d'une mesure d'aménagement de peine est subordonnée à la collaboration de la part

⁽⁷⁸⁾ Cf. les art. 30*ter*, par. 4 lett. c); 50 l. 354/1975; art. 2 d.l. 152/1991.

⁽⁷⁹⁾ Dans la première catégorie se trouvent: les délits commis avec une finalité terroriste ou subversive, la séquestration de personne à fin d'extorsion, l'association dont la finalité est le trafic illicite de stupéfiants, l'association de type mafieux, les délits commis selon les conditions énoncées à l'article 416*bis* c.p ou bien à fin de faciliter l'activité des associations prévues par cet article, le délit prévu par l'art. 291*quater* du Texte Unique approuvé par le d.P.R. 23.01.1973 n. 43. Sont compris dans la deuxième catégorie: l'homicide volontaire, le vol aggravé selon l'art. 628, par. 3 c.p., l'extorsion aggravée selon l'art. 629 par. 2 c.p., la production, le trafic, en quantité considérable de stupéfiants, l'infraction prévue à l'art. 291*ter* du TU approuvé par d.P.R. 23.01.1973 n. 43, l'infraction d'association de malfaiteurs finalisée par la commission d'infractions prévues aux articles 600, 600*bis*, 600*ter*, 600*quater*, 600*quinquies*, 601, 602, 609*bis*, 609*quater*, 609*quinquies*, 609*octies* c.p.

⁽⁸⁰⁾ C'est ainsi que s'exprime le rapport sur le projet de loi présenté au Sénat le 13 mai 1991, in *Senato della Repubblica, X Legislatura. Discussioni. Disegni di Leggi e Relazioni*, n. 2808, p. 3.

du condamné avec la justice⁽⁸¹⁾. Toutefois, si la collaboration se révèle insignifiante ou impossible, à cause du rôle marginal occupé par le sujet⁽⁸²⁾ ou bien à cause de la vérification déjà complète des faits⁽⁸³⁾, est nécessaire l'acquisition d'éléments propres à *exclure de manière certaine l'actualité du lien avec la criminalité organisée ou subversive*.

Pour les délits de la seconde liste, au contraire, il suffit, pour la concession d'une mesure d'aménagement, de vérifier qu'il n'y a pas d'éléments caractéristiques de la subsistance de liens avec la criminalité organisée.

Mises à part les limites ci-dessus citées et prévues par l'article 4bis de la loi 354/75, on peut affirmer que la magistrature de surveillance possède un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la concession et le choix des mesures alternatives à la détention; à tel point que souvent les conditions d'admissibilité sont très similaires ou même coïncident.

Toutefois, en dépit de la difficulté particulière des jugements sur la personnalité du condamné requis pour l'aménagement de peine, par rapport aux condamnés pour des délits ne rentrant pas dans les hypothèses de l'art. 4bis de la loi 354/75, les juges de surveillance tendent à concéder ces mesures avec une largesse notable, de telle manière que celles-ci sont en général écartées seulement en présence de motifs spécifiques s'y opposant, signalés par les forces de police ou bien par l'équipe d'observation et de traitement pénitentiaire.

14. Les mesures particulières prévues pour les mineurs.

En cas de délits commis par des mineurs, notre système prévoit des dispositions particulières, énoncées par le code pénal, par la loi d'Approbation des dispositions sur le procès pénal d'accusés mineurs⁽⁸⁴⁾, par la loi sur le système pénitentiaire⁽⁸⁵⁾ et par la loi sur l'Institution et le Fonctionnement du Tribunal pour mineurs⁽⁸⁶⁾.

Les mesures d'aménagement des peines sont appliquées par le Tribunal pour mineurs, constitué de deux juges professionnels et de deux spécialistes

(81) Selon l'art. 58ter l. 354/1975, collaborent avec la justice ceux qui "même après la condamnation, ont tout mis en oeuvre pour éviter que l'activité délictueuse ait des conséquences ultérieures ou bien ont aidé concrètement le travail de la police ou de l'autorité judiciaire dans la récolte des éléments décisifs pour la reconstitution des faits et pour l'identification et l'arrestation des auteurs des infractions".

(82) Quand a été appliquée la circonstance atténuante prévue à l'art. 62 n. 6 ou à l'art. 114 ou bien la disposition de l'art. 116, par. 2 c.p.

(83) Cf. décision Cour Constitutionnelle du 27 juillet 1994 n. 357 et décision du 1er mars 1995 n. 68.

(84) Cf. d.P.R. 22.09.1988 n. 448.

(85) Le plus souvent citée comme l. 354/1975.

(86) Cf. r.d.l. 20 juillet 1934 n. 1404.

(un homme et une femme) en biologie, psychiatrie, anthropologie criminelle, pédagogie et psychologie⁽⁸⁷⁾. A ce propos, il convient encore une fois de distinguer entre les mesures extinctives de punissabilité et les mesures de modification de la peine et de substitution à celle-ci.

a) Par référence spécifique aux mesures extinctives de la punissabilité, pour les mineurs, sont prévues des conditions d'admissibilité plus larges que celles prévues pour les adultes: c'est-à-dire, en particulier, pour *la suspension conditionnelle de la peine*⁽⁸⁸⁾ et pour *la libération conditionnelle*⁽⁸⁹⁾. De plus, les mineurs peuvent bénéficier d'autres causes spécifiques de non punissabilité. Il s'agit du *prononcé de non procès*, de *la suspension du procès avec mise à l'épreuve*, du *pardon judiciaire*.

Le prononcé de non procès est prévu à l'article 27 du décret du Président de la République (d.P.R.)⁽⁹⁰⁾ 448/1988. Selon cet article, si au cours de l'enquête préliminaire, il apparaît déjà que les faits illicites sont peu graves et occasionnels, le ministère public demande au juge de ne pas poursuivre, quand la tenue ultérieure d'un procès compromettrait les exigences éducatives du mineur.

La suspension du procès avec mise à l'épreuve est prévue par les articles 28 et suivants du d.P.R. 448/1988. Il permet au juge⁽⁹¹⁾ — une fois l'action publique exercée par le ministère public — de suspendre le procès pour une période pendant laquelle le mineur est soumis à observation de la personnalité et est obligé de respecter des prescriptions pour réparer les conséquences de l'infraction et promouvoir la réconciliation du mineur avec la victime. Durant la période de suspension, l'infraction est déclarée éteinte quand on retient que la mise à l'épreuve a été positive, en tenant compte de la conduite du mineur et de l'évolution de sa personnalité.

Le pardon judiciaire est prévu aux articles 169 c.p. et 19 du décret-loi royal 1404/1934. Il prévoit le constat d'une infraction pour laquelle est prévue une peine restrictive de liberté personnelle non supérieure, pour le maximum, à deux ans et une peine pécuniaire non supérieure à 1549 euros, même si elle est jointe à une peine de détention. L'application de ce bénéfice présuppose chez le juge la conviction *que le coupable s'abstiendra de commettre d'autres*

⁽⁸⁷⁾ Cf. art. 2 r.d.l. 1404/1934.

⁽⁸⁸⁾ Selon l'art. 163 c.p., le bénéfice s'applique aux peines d'emprisonnement non supérieures à trois ans ou bien à la peine pécuniaire qui, seule ou jointe à une peine d'emprisonnement et mise en relation avec l'article 135 c.p., est équivalente à une peine privative de liberté personnelle pour une période non supérieure, au maximum, à trois ans.

⁽⁸⁹⁾ L'art. 21 r.d.l. 1404/1934 prévoit la concession de la libération conditionnelle à tout moment de l'exécution et quelle que soit la peine infligée.

⁽⁹⁰⁾ Il s'agit d'une source de droit émanant du Gouvernement sur délégation du Parlement, et de ce fait de même valeur que la loi formelle.

⁽⁹¹⁾ Celui-ci décide après avoir écouté le mineur, la personne exerçant l'autorité parentale mais aussi la victime de l'infraction.

infractions. Les prérequis du pardon judiciaire coïncident avec ceux de la suspension conditionnelle de la peine (art. 163 c.p.), mais à la différence de cette dernière le pardon produit des effets immédiats et irrévocables⁽⁹²⁾. Le pardon judiciaire ne peut pas être concédé plus d'une fois et prévoit les mêmes causes d'inadmissibilité que celles indiquées pour la suspension conditionnelle de la peine à l'art. 164 c.p.

b) En ce qui concerne les mesures de modifications de la peine et de substitution à la peine, il faut distinguer selon qu'elles sont concédées avec la décision de condamnation ou au niveau de l'exécution de la peine définitive.

Au niveau de la décision de condamnation, l'art. 30 d.P.R. 448/1988 a prévu l'applicabilité de la *semi-détention* ou bien de la *liberté contrôlée*⁽⁹³⁾ pour des peines d'emprisonnement allant jusqu'à deux ans.

Au niveau de la phase d'exécution de la peine définitive, la loi sur le système pénitentiaire prévoit, en faveur des mineurs, l'application des mêmes mesures que celles prévues pour les adultes⁽⁹⁴⁾, concédées cependant de façon plus large. Par exemple, selon l'art. 30^{ter} de la loi 354/75, par. 2, les permissions de sortir ont une durée maximum non pas de quinze mais de vingt jours chaque fois; de plus, la somme des permissions de sortir qui peuvent être concédées par an peut aller jusqu'à soixante jours au lieu de quarante-cinq⁽⁹⁵⁾.

15. Aperçu de la compétence pénale du juge de paix.

Dans notre système, une réforme récente a été adoptée pour alléger la charge de travail des juges professionnels.

Le décret législatif 274/2000, entré en vigueur seulement le 2 janvier 2002, a attribué la compétence pénale, pour certaines infractions légères mais parfois très fréquentes⁽⁹⁶⁾, à des juges honoraires, choisis parmi les citoyens italiens diplômés en droit, ayant moins de 70 ans, qui ont cessé l'exercice de tout travail public ou privé, exception faite des professions libérales⁽⁹⁷⁾. Les

⁽⁹²⁾ Le pronostic de bonne conduite étant commun aux deux mesures, en jurisprudence s'est affirmée la possibilité pour le juge de choisir la mesure la moins favorable, la suspension conditionnelle, qui produit un effet libératoire seulement conditionnel et révocable, quand, au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité du délinquant et des autres critères prévus à l'article 133 c.p., la présomption de bonne conduite est moins remplie par rapport à celle nécessaire pour appliquer le pardon judiciaire.

⁽⁹³⁾ Cass. sent. 17.06.1986, in *Cass. pen.* 1987, p. 2131; Cass. 15.01.1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 640.

⁽⁹⁴⁾ Pour ces mesures, voir, *supra*, *sub* par. 11.

⁽⁹⁵⁾ Cf. art. 79 l. 354/1975.

⁽⁹⁶⁾ Cf., *supra*, *sub* par. 11, lett. b).

⁽⁹⁷⁾ A titre d'exemple: injures, menaces, dommages, petits vols. Cf. art. 4 du décret législatif 274/2000.

juges de paix doivent en premier lieu favoriser la réconciliation entre les parties⁽⁹⁸⁾. Quand la réconciliation ne se réalise pas, ils appliquent, suite à un procès pénal réalisé avec des règles simplifiées, des sanctions légères, comme la peine pécuniaire non supérieure à 2574,00 euro, la permanence à domicile le samedis et les dimanches pour un maximum de 45 jours, le travail d'intérêt général. C'est parce que ces peines n'ont pas une incidence particulièrement grave sur la liberté du délinquant que ne sont pas applicables *la suspension conditionnelle de la peine et les sanctions de substitution*⁽⁹⁹⁾.

Le procès devant le juge de paix prévoit deux hypothèses d'*exclusion de la punissabilité*, qui concernent respectivement *les faits particulièrement peu graves et les conduites réparatrices*:

a) En ce qui concerne *l'exclusion de la punissabilité dans les cas de faits particulièrement peu graves*⁽¹⁰⁰⁾, l'analogie entre cette mesure et la mesure prévue pour les mineurs à l'art. 27 d.P.R. 448/1988 (voir *supra sub par. 13*) est évidente. Une telle mesure est toutefois subordonnée à l'absence d'un intérêt de la part de la victime pour la poursuite de la procédure.

b) Quant à *l'extinction de l'infraction suite à des conduites réparatrices*⁽¹⁰¹⁾, il faut souligner, qu'en droit pénal ordinaire, ces conduites constituent seulement une circonstance atténuante (art. 62 n. 6 c.p.). Le juge de paix, toutefois, prononce la décision d'extinction de l'infraction seulement s'il retient que les activités de réparation ont été aptes à satisfaire les exigences de désapprobation de l'infraction et de prévention. Cette mesure valorise ainsi d'un côté la fonction conciliatrice du juge de paix et de l'autre son pouvoir d'évaluer l'adéquation de l'activité réparatrice aux objectifs de prévention générale et spéciale.

16. *Conclusions.*

En définitive, le système punitif italien a déjà tendance à évoluer, dans ses lignes fondamentales dans le sens d'une harmonisation progressive avec les autres systèmes européens. Et cela, aussi bien en vertu du rôle croissant de la comparaison dans l'activité de réforme législative que de la prise de conscience que l'existence d'un espace commun de liberté demande une politique commune de sanctions. Par contre, les obstacles à un processus ultérieur d'harmonisation des sanctions à travers les institutions européenne découlent de l'absence d'une compétence générale de la Communauté en matière

⁽⁹⁸⁾ Cf. l. 21.11.1991 n. 374 art. 4, 5, *8bis*.

⁽⁹⁹⁾ Cf. art. 29 décret législatif 274/2000.

⁽¹⁰⁰⁾ Ainsi disposent en effet les art. 60 et 62 du décret législatif 274/2000.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. art. 34 décret législatif 274/2000.

⁽¹⁰²⁾ Cf. art. 35 décret législatif 274/2000.

pénale et du fait que les articles 29 et s. TUE ne mentionnent pas la possibilité de prévoir des décisions cadre pour l'harmonisation des normes pénales de partie générale, surtout lorsqu'elles visent à régler l'application de normes d'incrimination étrangère aux secteurs pénaux explicitement prévues par le III pilier de l'Union. Actuellement, un processus d'harmonisation commun au niveau des sanctions semblerait donc réalisable seulement à travers le recours à des conventions internationales ou bien, d'une façon indirecte et purement culturelle, à travers la création de "projets-modèle".

ABSTRACT

The present study has been drawn up as a part of a GROTIUS program aimed at boosting the harmonisation process between the punitive systems of EU Member States. The purpose of the analyses is to outline the main features of criminal sanctions in the Italian legal order.

In this view, the different types of sanctions and the respective minimum and maximum limits are briefly examined. Then, the general sentencing standards and the number of special legal institutions that influence the sentence itself are described. Subsequently, attention is paid to the complex aspects concerning the execution phase, and to the instruments of personalisation of the sentence along the line of special-prevention.

The article concludes with a general overview of the measures specifically dedicated to the minors, and of the particular features of the trial held before the "Giudice di Pace".

Concepito nell'ambito di un Programma Grotius volto a favorire l'armonizzazione dei sistemi sanzionatori degli Stati appartenenti all'Unione europea, il presente studio è finalizzato a tratteggiare i fondamentali lineamenti della disciplina vigente in Italia in materia di sanzioni penali. In questa prospettiva, dopo un breve esame dei tipi di pene comminati dal nostro legislatore e dei relativi limiti edittali, vengono analizzati i meccanismi di commisurazione giudiziale della pena e i molteplici istituti incidenti su di essa. Successivamente, vengono descritti i complessi profili dell'esecuzione della pena e gli strumenti diretti a personalizzarla in funzione specialpreventiva.

Un esame sia delle misure particolari previste per i minori sia delle specificità connesse al processo penale celebrato davanti al giudice di pace concludono la trattazione.

GUIDO CASAROLI

I REATI ECONOMICI FRA TRADIZIONE ED EVOLUZIONE (*)

SOMMARIO: 1. Le principali novità legislative a cavallo tra vecchio e nuovo millennio. — 2. La riforma dei reati societari. — 3. La riforma dei reati tributari. — 4. La responsabilità amministrativo-penale delle persone giuridiche. — 5. Il sistema dei reati fallimentari.

1. *Le principali novità legislative a cavallo tra vecchio e nuovo millennio.*

La disciplina dei reati economici, in Italia, ha conosciuto in questi primi anni del nuovo millennio profonde e, per certi versi, radicali innovazioni. Due fra i più importanti e “classici” settori della criminalità economica sono stati toccati da interventi normativi che ne hanno completamente trasformato la configurazione. Il decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 ha, infatti, introdotto una “Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto”, mentre il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 ha riformulato *ab imis* la “Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali”. Le riforme hanno, quindi, investito le cruciali materie dei reati tributari e dei reati societari.

Precedentemente, nel corso degli anni 90, il legislatore era intervenuto, in modo peraltro assai meno incisivo, su due altri settori significativi della criminalità economica. Con il decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che ha introdotto nell’ordinamento il nuovo “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”, sono state previste *ex novo* o parzialmente novellate alcune fattispecie di reati bancari, come, per esempio, la *abusiva attività*

(*) Questo contributo rappresenta, con qualche lieve ritocco, la versione in lingua italiana – corredata da una bibliografia essenziale – del testo della Relazione presentata al Convegno internazionale “*Economic Crime in Polish and UE Perspective*”, svoltosi a Torun, il 26-28 settembre 2002, presso l’Università Nicholas Copernicus.

finanziaria (art. 132), il *falso interno bancario* (art. 137, comma 2: formulato per la prima volta dal di poco precedente decreto legislativo 14 dicembre 1992, n. 481), la *abusiva attività di raccolta del risparmio* (art. 130) e la *abusiva attività bancaria* (art. 131) prima unificate in una sola norma incriminatrice. A sua volta, il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 aveva raccolto nel “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*” tutta una serie di precedenti fonti legislative operanti in questo settore economico-finanziario, predisponendo un corposo apparato penalistico attraverso la previsione di numerose (in parte, nuove e, in parte, riformate) fattispecie criminose, sanzionate con pene detentive, talora, assai elevate.

Esaminando un po' più da vicino il contenuto del decreto legislativo 58/1998, si riscontra, per esempio, che viene punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da 2.065,83 a 10.329,14 Euro chi, senza possedere la necessaria abilitazione, svolge servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio (reato di *abusivismo*: art. 166), mentre è punito con l'arresto da sei mesi a tre anni e con l'ammenda da 5.164,57 a 103.291,38 Euro il gestore finanziario che, violando le disposizioni in materia di conflitto di interessi, effettua operazioni che arrecano danno agli investitori, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto (reato di *gestione infedele*: art. 167). L'art. 172 del d.lgs. 58/1998 punisce, inoltre, gli amministratori di società quotate che, senza osservare le modalità indicate dalla legge, acquistano azioni proprie della società o della società controllante; la pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a tre anni e la multa da 206,58 a 1.032,91 Euro (reato di *irregolare acquisto di azioni*). L'art. 181, a sua volta, ha introdotto nel sistema penale la nuova fattispecie di *aggiottaggio su strumenti finanziari* che è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 516,46 a 25.822,84 Euro, e consiste nel fatto di chi divulga notizie false, esagerate o tendenziose, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici idonei a provocare una sensibile variazione del prezzo di strumenti finanziari; se la variazione del prezzo si verifica effettivamente, la pena è aumentata, e viene raddoppiata, per esempio, se il fatto è commesso per mezzo della stampa o con altri mezzi di comunicazione di massa. Quest'ultima disposizione ha, però, avuto vita breve, essendo stata abrogata dal già citato decreto legislativo 61/2002 che, abrogando contemporaneamente le norme incriminatrici dell'aggiottaggio societario e dell'aggiottaggio bancario, ha riformulato le previgenti disposizioni, unificandole nel nuovo art. 2637 cod. civ. che prevede la omnicomprensiva fattispecie di “*Aggiottaggio*”, punendola con la reclusione da uno a cinque anni.

Tra le novità più significative del decreto legislativo 58/1998 è, infine, da annoverare la riformulazione della fattispecie di *insider trading*, introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 2 della legge 17 maggio 1991, n. 157. La prima configurazione del reato aveva però suscitato numerose critiche in dottrina, sia perché non venivano individuati con precisione i soggetti attivi (tanto che non risultava chiaro se si trattasse di un reato “comune”, realiz-

zabile da “chiunque”, ovvero di un reato “proprio”, ascrivibile soltanto a soggetti determinati) sia perché la descrizione dei fatti tipici appariva, per un verso, eccessivamente frammentata e analitica e, per altro verso, lacunosa. A conferma delle carenze legislative nella tipizzazione del fatto incriminato, si può osservare che in *sette anni* (dal 1991 al 1998) di vigenza del decreto legislativo 157/1991 si è avuta *una sola sentenza di condanna* per *insider trading* (pronunciata dal Tribunale di Roma nel maggio del 1996). L’art. 180 del decreto legislativo 58/1998 (*abuso di informazioni privilegiate*) ha, dunque, opportunamente modificato l’art. 2 della legge 157/1991, semplificandolo e colmando la precedente lacuna con la previsione della punibilità anche per chi ottiene, direttamente o indirettamente, informazioni privilegiate da uno dei soggetti che le abbia a sua volta acquisite “in ragione della partecipazione al capitale di una società, ovvero nell’esercizio di una funzione, anche pubblica, di una professione o di un ufficio” e, in seguito a ciò, acquisti, venda o compia altre operazioni su strumenti finanziari.

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

Infrangendo un *tabù* bimillenario, nella tradizione giuridica romanistica, il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha, infatti, abbandonato il canone *societas delinquere non potest*, introducendo nell’ordinamento italiano una forma di *responsabilità* per illecito dipendente da reato *delle persone giuridiche*. Come si dirà più diffusamente in seguito, si tratta, però, di un “intervento a metà” del legislatore, il quale, nel prevedere una responsabilità diretta delle persone giuridiche, è stato ambiguo nel delinearne la natura, creando una forma ibrida di *responsabilità amministrativo-penale*.

2. La riforma dei reati societari.

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

Non c’è dubbio, infatti, che il coinvolgimento di diversi personaggi politici appartenenti o vicini all’attuale maggioranza di Governo in vicende giudiziarie ancora aperte e pendenti davanti ai giudici abbia inevitabilmente contribuito ad accrescere il clamore attorno ad un intervento legislativo che ha “cambiato le carte in tavola” a favore di “imputati eccellenti”. Inoltre, l’interesse particolare sollevato dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 si

spiega con la centralità che occupa nel contesto della riforma una figura di reato — quella di false comunicazioni sociali — che da almeno un decennio godeva di un notevole “successo giudiziario”, anche (ma non solo) per l’utilizzo “strumentale” che sovente ne aveva fatto la magistratura, come “*passe-partout*” per scoprire e punire altri e più gravi fatti di reato (come il riciclaggio e l’usura).

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

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

Quanto esposto consente già di effettuare i seguenti rilievi. Anzitutto, si riscontra che la *pena* prevista, anche nella più grave ipotesi delittuosa, risulta, comunque, *inferiore* rispetto a quella dell’originario art. 2621 cod. civ., che consisteva nella reclusione da uno a cinque anni e nella multa da due a venti milioni di lire. La notevole riduzione di pena, oltre al “beneficio in sé” che rappresenta, comporta un altro non meno significativo “effetto indotto” favorevole al reo, abbassando in maniera drastica il termine necessario per la *prescrizione* del reato che, nell’*ipotesi-base*, dai precedenti *dieci* anni si riduce ai soli *tre* anni attuali. Balza, inoltre, evidente agli occhi il paradosso legislativo per cui il reato *meno grave* (la *contravvenzione* dell’art. 2621) è perseguibile *d’ufficio* dal pubblico ministero, mentre il fatto *più grave* (il delitto dell’art. 2622) è procedibile solo *a querela* della persona offesa, con una

inspiegabile inversione logica nell'ordine di priorità tra le due fattispecie e con la concreta possibilità che, attraverso accordi privati fra le parti interessate (l'amministratore — autore del reato e il socio o creditore — persona offesa), si finisca con il paralizzare l'esercizio dell'azione pubblica anche per il reato meno grave.

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

Il *fatto materiale* si realizza mediante una *condotta* che può assumere sia la *forma attiva* sia quella *omissiva*. La *prima* consiste nella esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, anche se oggetto di valutazioni; la *seconda* nella omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge. Le informazioni debbono riguardare la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene.

La condotta così descritta non è, però, già di per sé punibile, ma lo diviene soltanto quando possieda una particolare attitudine ingannatoria, in quanto la legge richiede che essa venga posta in essere *in modo idoneo a indurre in errore* i destinatari dell'informazione. Costruendo la fattispecie in forma così "vincolata", attraverso l'inserimento di questo ulteriore requisito, il legislatore ha voluto porre un freno al processo di dilatazione precedentemente attuato dalla giurisprudenza nella determinazione dei confini di rilevanza penale del falso in bilancio.

In questa prospettiva di "contenimento" dell'ambito di applicazione della fattispecie, va considerata anche la ridefinizione dell'*oggetto giuridico* del reato, concepito dal legislatore in chiave monolesiva e in termini di interesse patrimoniale, contro le precedenti tendenze della dottrina e della giurisprudenza ad una ricostruzione secondo cadenze di plurioffensività. Nella stessa prospettiva deve essere valutata anche la specificazione dell'*oggetto materiale*, individuato ora solamente nei bilanci, nelle relazioni e nelle altre comunicazioni "*previste dalla legge*", mentre prima acquistavano rilievo tutte le comunicazioni sociali, indistintamente designate; inoltre, oggi, gli artt. 2621 e 2622 cod. civ. restringono ulteriormente la rilevanza penale delle comunicazioni sociali a quelle sole che siano "*dirette ai soci o al pubblico*", con esclusione quindi delle comunicazioni cosiddette "intraorganiche" ed "interorganiche". Anche la riformulazione dell'*elemento soggettivo* del reato è ispirata all'obiettivo di circoscrivere il raggio d'azione delle norme incriminatrici: ai fini della sussistenza del reato, si richiede, infatti, che la condotta illecita sia posta in essere "*con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*"; l'elemento soggettivo si connota, dunque, contemporaneamente in termini di *dolo intenzionale* e di *dolo specifico*.

Infine, la *ratio favorabilis* per il reo che ha ispirato il legislatore riformista si è espressa nella introduzione della novità forse più significativa e controversa della disciplina del falso in bilancio. Facciamo riferimento alle

cosiddette “*soglie di rilevanza*” del fatto. Si tratta della fissazione di pre-determinati *limiti quantitativi* che il reato deve attingere, per essere punito. In altri termini, la falsa comunicazione sociale potrebbe essere integrata in tutti i suoi elementi tipici, oggettivi e soggettivi, ma purtuttuavia restare impunita qualora le falsità o le omissioni, che costituiscono il reato, non provochino il risultato finale di uno scarto sensibile fra la situazione economica, patrimoniale o finanziaria falsamente rappresentata e la situazione reale oppure quello della variazione di determinati indicatori economici oltre i valori fissati dalla legge stessa. Tali valori sono quelli del 5% dell'utile di esercizio al lordo delle imposte e/o dell'1% del patrimonio netto della società. Siamo, dunque, in presenza, secondo la *voluntas legis*, di *cause di esclusione della punibilità* o, usando un'altra denominazione, di *condizioni negative di punibilità*, che hanno suscitato reazioni contrastanti in dottrina, essendo viste da taluni come opportuni limiti alle capacità espansive della fattispecie o, viceversa, considerate da altri un comodo e impunito mezzo, utile ad agevolare la illecita prassi della corruzione mediante la formazione di “fondi neri” e la dazione di “tangenti”.

Nonostante la contestata riforma del falso in bilancio abbia catalizzato e quasi monopolizzato il dibattito sulla nuova legge in materia di reati societari, le novità in essa contenute non si limitano certo a questo, ma toccano numerose altre fattispecie (come, per esempio, l'*aggiottaggio*: art. 2638) e coinvolgono anche aspetti di carattere generale (per esempio, la *estensione della punibilità* per i diversi reati anche ad *autori* che rivestono *solo di fatto* le *qualifiche soggettive* richieste: art. 2639 cod. civ.). Delle tante e profonde innovazioni prodotte dal d.lgs. 61/2002, ci sembra che meriti una particolare segnalazione quella consistente nella creazione *ex novo* della fattispecie di reato denominata “*Infedeltà patrimoniale*” (configurata nel nuovo art. 2634 cod. civ.), che risponde alle reiterate sollecitazioni della dottrina la quale, da tempo, auspicava l'introduzione nel sistema di una fattispecie generale di infedeltà patrimoniale. Il legislatore ha, però, soddisfatto solo in parte le aspettative dottrinali, poiché ha delineato soltanto una fattispecie “sezionale”, per il contesto societario, che va ad aggiungersi all'altra figura criminosa “di settore” della “*gestione infedele*”, prevista a carico dell'*intermediario finanziario* dall'art. 167 del già menzionato decreto legislativo 58/1998. Il legislatore italiano non ha, pertanto, seguito l'esempio di quello tedesco che, viceversa, ha configurato il reato in termini generali nella fattispecie di “*Untreue*”, di cui al paragrafo 266 *StGB*; o del legislatore francese, nella configurazione del delitto di *abus de confiance* come previsto dall'art. 314-1 del *nouveau code pénal*.

Il reato di infedeltà patrimoniale introdotto dall'art. 2634 cod. civ. consiste nel fatto degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi con la società, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente un danno patrimoniale alla società, al fine di procurare a sé o ad altri un

ingiusto profitto. La pena è della reclusione da sei mesi a tre anni, e si procede a querela della persona offesa. Si tratta, dunque, di un reato di *azione con evento di danno*, caratterizzato (e quasi “garantito”) da un “*doppio dolo*”: quello *intenzionale* (in relazione alla causazione del danno-evento) e quello *specifico* (concernente il fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto).

L’art. 2634, al comma 3, precisa poi, opportunamente, che non dovrà comunque considerarsi ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, effettivamente conseguiti o fondatamente prevedibili (e in questo secondo caso lo “zelo garantista” del legislatore è forse eccessivo), derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo. Quest’ultima disposizione assume un significato particolare, in quanto è la prima volta che le relazioni di “collegamento” o di “appartenenza” al gruppo di società assumono una così decisiva rilevanza in ambito penalistico. In precedenza, vigente la norma oggi abrogata sul conflitto d’interesse (art. 2631 cod. civ.), era molto discussa in dottrina e giurisprudenza la punibilità dell’amministratore di una società del gruppo che operava “contro” l’interesse della “propria” società a vantaggio di altra società dello stesso gruppo, e i limiti della sua “impunità” venivano individuati in termini assai angusti.

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

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

3. La riforma dei reati tributari.

La riforma dei reati tributari, attuata con il d.lgs. 74/2000 ha dato seguito alle istanze reiteratamente avanzate da studiosi ed operatori del diritto che, quasi unanimemente, auspicavano una radicale modifica della disciplina

contenuta nella legge 7 agosto 1982, n. 516. Il legislatore del 1982 aveva adottato una linea di politica criminale ispirata ad una *ratio* di *repressione* e di *penalizzazione* generalizzata dei comportamenti illeciti in materia tributaria. Per la sua “filosofia panpenalistica” e il suo rigore sanzionatorio, la legge 516/1982 era (ed è tuttora) nota sia presso gli “addetti ai lavori” sia nei *media* e tra il pubblico come la legge delle “*manette agli evasori*”. Essa faceva, infatti, ampio e tipico uso del diritto penale in chiave meramente sanzionatoria, in base alla convinzione del legislatore che lo strumento criminale costituisse il miglior presidio all’osservanza della disciplina amministrativa degli obblighi tributari.

In questa prospettiva, con la legge 516/1982 venne, intanto, abolita la cosiddetta “pregiudiziale tributaria”, in forza della quale l’esercizio dell’azione penale era subordinato al definitivo accertamento in sede amministrativa del *quantum* dell’imposta evasa; ciò, all’evidente fine di anticipare il momento dell’intervento repressivo, a fronte della esasperante lentezza dei procedimenti penali per reati tributari, dovuta, soprattutto, proprio alla “paralisi” dell’azione penale e alle difficoltà e ai tempi lunghi degli accertamenti d’imposta in sede amministrativo-tributaria. Contemporaneamente, però, si volle evitare di gravare il giudice penale dell’onere di determinare egli stesso l’ammontare dell’imponibile o dell’imposta evasa, lasciando quindi ogni incombenza in proposito all’amministrazione finanziaria (anche per escludere, oltre all’allungamento dei processi penali, possibili conflitti del giudice penale con gli uffici finanziari sulla determinazione del debito d’imposta).

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

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

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

516/1982). Completavano il quadro degli illeciti l'art. 2, che prevedeva diverse contravvenzioni a carico del sostituto d'imposta, e l'art. 3, che puniva a titolo di delitto alcuni fatti relativi alla stampa o alla detenzione di documenti o ricevute fiscali.

Una prassi applicativa quasi ventennale, "incalzata" dalle ripetute sottolineature critiche della dottrina, ha però ampiamente evidenziato la vanità dei propositi e gli errori di valutazione del legislatore del 1982, mettendo a nudo le carenze di un impianto repressivo che il più delle volte finiva col focalizzare l'intervento punitivo su comportamenti del tutto estranei e preliminari all'evasione d'imposta, e che, nonostante ciò (e, forse, proprio a causa di ciò) ha completamente fallito l'obiettivo di debellare o anche solo di contrastare efficacemente il fenomeno dell'evasione fiscale. Con il risultato, perverso e indesiderato, di una ulteriore e aggravata congestione dell'apparato giudiziario, in conseguenza del proliferare dei procedimenti per fatti bagatellari prodromici all'evasione i quali, oltre ad essere lunghi e costosi, nella maggior parte dei casi, si potevano concludere (considerata l'esiguità e l'alternatività delle pene irrogate) con l'applicazione della causa estintiva dell'oblazione, vanificando così qualsiasi serio effetto deterrente rispetto all'evasione.

La nuova disciplina introdotta con il d. lgs. 74/2000 si propone di ovviare ai suddetti macroscopici inconvenienti, recuperando la dimensione realmente offensiva delle condotte selezionate come penalmente rilevanti e utilizzando la sanzione amministrativa per la maggior parte delle violazioni relative all'accertamento e al procedimento tributario. Ciò è stato fatto in conformità alle direttive della legge-delega 29 giugno 1999, n. 205 che, all'art. 9, statuiva di "prevedere un ristretto numero di fattispecie, di natura sostanzialmente delittuosa..., caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario e dal fine di evasione o di conseguimento di indebiti rimborsi di imposta".

In attuazione a tali criteri direttivi, il nuovo sistema realizza una vera e propria inversione di rotta, limitando la repressione penale ai soli fatti correlati, sia sotto il profilo oggettivo sia sul versante soggettivo, alla effettiva lesione degli interessi fiscali, con contestuale rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente "formali" e "preparatorie". Esso risulta, pertanto, imperniato su di un ristretto "catalogo" di fattispecie criminose, connotate da *rilevante offensività* e da *dolo specifico*: fattispecie che, proprio per tali loro caratteristiche, vengono configurate in forma esclusivamente *delittuosa* e sono assoggettate ad un regime sanzionatorio di significativa rilevanza.

Non più, dunque, reati di pericolo presunto, a consumazione anticipata, realizzabili *in itinere* nel corso dell'anno "fiscale", ma delitti di danno o di pericolo concreto, aventi ad oggetto la *dichiarazione annuale*, prevista ai fini delle imposte dirette o sul valore aggiunto, quale momento "topico" del rapporto fra contribuente ed erario. Restano, pertanto, prive di rilievo penale le violazioni tributarie "a monte" della dichiarazione medesima, quali, ad

esempio, le omesse fatturazioni o annotazioni in contabilità di corrispettivi e, *a fortiori*, le irregolarità nella tenuta delle scritture contabili, in precedenza incriminate *ex se* dall'art. 1, comma 2, della legge 516/1982.

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

Il delitto di *dichiarazione fraudolenta* è previsto in due diverse norme incriminatrici, che descrivono distinte forme di realizzazione del reato. La prima consiste nella indicazione in una delle dichiarazioni annuali di elementi passivi fittizi, suffragando la falsa indicazione con l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. 74/2000); la seconda ipotesi di dichiarazione fraudolenta si configura quando vengono indicate in una delle dichiarazioni annuali elementi attivi di ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi, sulla base di una falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie e avvalendosi di mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento (art. 3 d.lgs. 74/2000). Il delitto di *dichiarazione infedele* si realizza, invece, mediante una mera condotta (attiva) mendace, che si traduce nella indicazione in una delle dichiarazioni annuali di elementi attivi di ammontare inferiore a quello effettivo o di elementi passivi fittizi (art. 4 d. lgs. 74/2000). Infine, il delitto di *omessa dichiarazione* consiste nella pura e semplice omissione, da parte di chi vi è obbligato, di una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte dirette o all'IVA (art. 5 d.lgs. 74/2000). In tutte le diverse ipotesi di reato su indicate è richiesto l'*elemento soggettivo* del *dolo specifico* consistente nella finalità di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto.

Si registra, invece, una importante differenza, sotto il profilo sanzionatorio, tra le fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui agli artt. 2 e 3 e gli altri delitti di cui agli artt. 4 e 5. Per le prime è prevista, infatti, una *pena* particolarmente severa, consistente nella reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, e che, ad avviso di parte della dottrina, appare eccessivamente elevata e di dubbia coerenza sul piano sistematico (negli altri casi *ex artt.* 4 e 5, la pena è, in misura assai più ridotta, contenuta fra uno e tre anni di reclusione), nonostante la indubbia maggiore gravità oggettiva dei fatti tipici.

Nella prospettiva "ideologica" di fondo, diretta al contenimento dell'impiego della sanzione penale, tutte le fattispecie sin qui esaminate — fatta

eccezione soltanto per quella di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2) — vengono sottoposte e subordinate nella loro applicazione a *soglie di punibilità* (o di *rilevanza*), volte a limitare l'intervento punitivo ai soli illeciti di rilevante significato economico e, conseguentemente, a deflazionare il carico dei procedimenti penali. Non immediatamente afferrabile è, peraltro, la *ratio* sottesa alla diversificazione, a tale riguardo, tra le due fattispecie di dichiarazione fraudolenta *ex* artt. 2 e 3. Le suddette soglie vengono determinate dalla legge in relazione al duplice parametro del valore dell'imposta evasa e (congiuntamente) dell'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti alla imposizione.

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

Ai delitti di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5, che costituiscono "l'architrate" del nuovo sistema penale tributario, si affiancano tre ulteriori fattispecie (sempre di natura delittuosa) che la Relazione governativa al decreto legislativo 74/2000 definisce "collaterali", ma che si caratterizzano comunque per una rilevante "attitudine" offensiva, come dimostra anche il loro elevato livello sanzionatorio (che attinge, rispettivamente, il limite editale superiore di sei, cinque e quattro anni di reclusione). Si tratta di figure criminose che prescindono, a differenza di quelle precedentemente esaminate, dal momento e dall'elemento della dichiarazione annuale, in quanto perseguono fatti (comunque gravi) realizzabili in corso d'anno. Con la prima si colpisce l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, al fine di consentire a terzi l'evasione (art. 8 d.lgs. 74/2000); con la seconda si sanziona l'occultamento o la distruzione di documenti contabili in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume degli affari, al fine di evadere le imposte (art. 10); con la terza si punisce il fatto di alienazione simulata o il compimento di altri atti fraudolenti sui beni propri o altrui, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte (art. 11).

4. La responsabilità amministrativo-penale delle persone giuridiche.

Con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è stata attuata una vera e propria "rivoluzione copernicana" nell'ordinamento giuridico italiano. Dopo decenni di accesi dibattiti in dottrina sulla opportunità politico-criminale, sulla compatibilità sistematica e sulla legittimazione dogmatica del canone

societas puniri potest, è stata prevista per la prima volta una forma di responsabilità da fatto illecito a carico di persone giuridiche ed enti collettivi.

Va, però, subito precisato che con il d.lgs. 231/2001 si realizza una rivoluzione culturale e giuridica che si ferma “a metà”, fra Tolomeo e Copernico. Pur non sussistendo — come si legge nella stessa Relazione governativa al decreto — insuperabili controindicazioni alla creazione di una vera e propria *responsabilità penale* degli enti, tuttavia il legislatore delegante (con la legge-delega 29 settembre 2000, n. 300) ha preferito (effettuando una scelta politico-criminale condivisa dal legislatore delegato) ispirarsi a maggiore cautela, ed ha optato per un tipo di *responsabilità amministrativa*. Poiché, però, tale responsabilità consegue da reato, è stata ancorata nel decreto legislativo (in conformità alle direttive della legge-delega) alle garanzie del *processo penale*. Questo “ibrido” o — usando altri termini — questo compromesso, fra il tipo di responsabilità e della relativa sanzione da un lato e la natura e i poteri dell’autorità chiamata rispettivamente ad accertarla e ad irrogarla dall’altro, ha finito con l’influenzare profondamente l’essenza stessa e la disciplina dell’illecito e della sanzione, che divergono significativamente dal paradigma di illecito amministrativo così come scolpito dalla legge generale di riferimento in materia (legge 24 novembre 1981, n. 689). Ne è, così, scaturito un *tertium genus*, che coniuga i caratteri essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare l’obiettivo dell’efficacia preventiva della sanzione con le esigenze della massima garanzia assicurata dal procedimento giudiziario.

Sussistono, però, fondate ragioni per dubitare della bontà della scelta di fondo del legislatore e della reale idoneità della medesima a perseguire effettivamente gli obiettivi che si propone. È noto, infatti, che l’efficacia preventiva della sanzione è strettamente e direttamente connessa alla certezza e prontezza della sua irrogazione che, se affidata all’autorità amministrativa, rende l’obiettivo certamente più plausibile, proprio per l’assenza di “terzietà” (e, quindi, per il *deficit* di garanzia) dell’organo giudicante. Ci si sarebbe, quindi, potuti (o dovuti) attendere dal legislatore una scelta più coraggiosa e netta, a favore dell’una o dell’altra opzione. Se, nel sanzionare i comportamenti illeciti, direttamente riconducibili e ascrivibili all’ente, il legislatore voleva privilegiare rapidità ed effettività della sanzione, si sarebbe dovuto più chiaramente e decisamente orientare verso una forma di responsabilità prettamente amministrativa (peraltro, già adeguatamente “garantita” dalle cautele di ispirazione penalistica che caratterizzano la disciplina dell’illecito amministrativo *ex lege* 689/1981). Se, viceversa, considerate anche le possibili ricadute economiche e le delicate implicazioni politico-sociali di una diretta attribuzione di responsabilità agli enti, il legislatore avesse inteso indirizzare primariamente la propria sollecitudine verso le istanze di garanzia, allora sarebbe stato “intellettualmente” più “onesto” ammettere che la responsabilità e la sanzione per le quali predi-

sponeva le garanzie tipiche del processo e della materia penale avevano esse stesse natura penale, e come tali andavano denominate.

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

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

Per quanto concerne i *criteri di imputazione* della responsabilità, l'ente risponde per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio* da persone che rivestono *funzioni di rappresentanza, di amministrazione* o di *direzione* dell'ente o di una sua unità organizzativa autonoma nonché da persone che esercitano, *anche di fatto*, la *gestione* e il *controllo* dello stesso; da persone che sono soggette alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati (art. 5, comma 1, d. lgs. 231/2001). L'ente *non risponde* se gli autori del reato hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5, comma 2). La responsabilità, inoltre, è *esclusa* se l'ente prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza di modelli è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo a ciò addetto (art. 6 d. lgs. 231/2001).

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

Il *sistema sanzionatorio* delineato dal d. lgs. 231/2001 comprende una serie di sanzioni che, in base alle categorie propriamente penalistiche,

potrebbero essere distinte in pene principali (la *sanzione pecuniaria*), pene accessorie (le *sanzioni interdittive* e la *pubblicazione della sentenza*), misure di sicurezza (la *confisca*) (art. 9, comma 1). In questo catalogo, il “primato” spetta alla *sanzione pecuniaria*, che viene applicata come *regola* e in via principale: dispone, infatti, l’art. 10, comma 1 che: “Per l’illecito amministrativo dipendente da reato si applica *sempre* la sanzione pecuniaria”. Sono, poi, precisati i criteri di applicazione, disponendosi che: “La sanzione pecuniaria viene applicata *per quote* in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. L’importo di una quota va da un minimo di lire cinquecentomila (€ 258,23) ad un massimo di lire tre milioni (€ 1.549,37)” (art. 10, comma 2 e 3). Il *numero delle quote* è determinato dal giudice tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell’ente nonché dell’attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di ulteriori illeciti; l’*importo della quota* è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell’ente, allo scopo di assicurare l’efficacia della sanzione (art. 11). Il legislatore abbandona, dunque, il tradizionale sistema “a somma complessiva”, adottato dal codice penale per la pena pecuniaria e dalla legge 689/1981 per la sanzione amministrativa, ricorrendo invece al nuovo sistema “per quote”, nel tentativo di meglio conciliare le istanze e gli effetti connessi ai diversi indici di commisurazione della gravità oggettiva e soggettiva del fatto, da un lato, e delle condizioni economiche (e patrimoniali) dell’autore — responsabile, dall’altro.

Le *sanzioni interdittive*, a loro volta, sono molteplici, e variano dalla interdizione all’esercizio dell’attività (che è la più grave) al divieto di pubblicizzare beni o servizi (art. 9, comma 2). Esse sono *complementari* alla sanzione pecuniaria, e si applicano (solo) in relazione ai reati per i quali vengono espressamente previste, quando l’ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale [...] ovvero in caso di reiterazione degli illeciti (art. 13). Al fine di accrescerne l’efficacia sotto il profilo specialpreventivo, le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l’illecito dell’ente, e il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base degli stessi criteri indicati per la sanzione pecuniaria (art. 14).

Infine, a conferma — per altri versi — dello scarso “coraggio” e della “*pruderie*” del legislatore, va messo in luce che la responsabilità degli enti, soggetta ad un’accurata disciplina quanto ai principi direttivi, alle regole di attribuzione e alle conseguenze sanzionatorie, risulta, sotto il profilo pratico-applicativo, di portata assai ridotta. Il decreto legislativo 231/2001 ricollega, infatti, la responsabilità dell’ente ad un ristretto novero di *reati contro la pubblica amministrazione*, commessi da pubblici ufficiali (corruzione, concussione) e di *reati contro il patrimonio* della pubblica amministrazione previsti nel solo codice penale (malversazione e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica a

danno dello Stato o di un ente pubblico) (artt. 24 e 25). Sotto questo profilo, il legislatore delegato si è dimostrato particolarmente reticente anche rispetto alle ben più ampie indicazioni della legge-delega 300/2000, che prevedeva un catalogo molto più vasto di reati fonte di responsabilità degli enti, comprendente, oltre a quelli per cui la delega è stata attuata, i reati contro l'incolumità pubblica, l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose, i più gravi fra i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio. La ristrettezza del catalogo redatto dal legislatore delegato — come ha sottolineato la dottrina — determina uno squilibrio tra la “parte generale”, sostanziale e processuale, del decreto legislativo 231/2001 e la “parte speciale”, ridotta ai soli artt. 24-25 e ai pochi reati in essi previsti.

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

5. Il sistema dei reati fallimentari.

Dalle autentiche “scosse telluriche” che hanno fatto vibrare le fondamenta del diritto penale economico, investendo i reati tributari, i reati societari, la responsabilità degli enti, toccando anche il settore dell'intermediazione finanziaria e lambendo quello dei reati bancari, è stato fino ad ora (quasi) del tutto risparmiato il “territorio” dei reati fallimentari che, tra i “flutti” impetuosi dell'evoluzione rappresenta, ad oggi, “l'isola” tranquilla della tradizione.

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

dei fatti incriminati è subordinata alla *dichiarazione di fallimento*, che può intervenire sia *prima* che *dopo* la commissione dei fatti tipici di reato; la tecnica legislativa di redazione delle norme incriminatrici è essenzialmente quella *casistica*.

Oltre a queste, “importate” dal modello di Oltralpe, vanno segnalate ulteriori caratteristiche, come l'utilizzo dell'altra tecnica di costruzione della fattispecie denominata “del rinvio”, per cui il precetto penale non viene formulato direttamente nella norma incriminatrice, ma questa richiama il divieto o il comando posto da un'altra norma, di natura extrapenale, che la norma penale si limita a munire di sanzione. Talora il rinvio è addirittura plurimo o “a catena”, e cioè la norma richiamata dalla disposizione penale rinvia, a sua volta, ad altra norma che può contenere anche un rinvio ulteriore, con grosso *deficit* sotto il profilo della legalità-tassatività della legge penale.

Una nota che contraddistingue il diritto penale fallimentare è anche il grande *rigore sanzionatorio*: per la bancarotta fraudolenta (sicuramente il più grave fra i reati previsti) è stabilita la pena della reclusione da *tre a dieci anni*, che può essere addirittura elevata a *tredici e quindici anni*, nel caso ricorra taluna delle circostanze aggravanti previste nell'art. 219 l. fall. La pena è la stessa sia per la bancarotta dell'imprenditore individuale sia per quella dell'amministratore o di altro organo della società, e non si differenzia nemmeno in relazione alla distinzione fra cosiddetta bancarotta *patrimoniale* o in senso stretto e bancarotta *documentale*. La prima ha per oggetto i beni dell'impresa o della società e consiste in fatti di distruzione, occultamento, dissipazione, distrazione dei beni stessi; la seconda, che ricorda i *Buchdelikte* del sistema tedesco, si realizza mediante sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri e delle altre scritture contabili.

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

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

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

È stata questa seconda via ad essere imboccata con l'unica, recentissima novità legislativa che ha interessato il "microcosmo" della bancarotta. Anche in tal caso, il *novum* proviene dal decreto legislativo 61/2002 che, nel riformare i reati societari, ha opportunamente (e razionalmente) allungato il raggio della riforma alle norme sui reati fallimentari che richiamano fattispecie societarie. È stato, quindi, riformulato l'art. 223, comma 2, numero 1 della legge fallimentare, che conteneva un mero e poco oculato rinvio a talune norme societarie e che ora, invece, sancisce la punibilità di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che "hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622 [...] del codice civile".

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

* * *

In estrema sintesi, per concludere. Il diritto penale economico si è, indubbiamente, mosso, e sembra stia ulteriormente evolvendo, verso risultati e obiettivi di maggiore efficienza ed effettività, riservando il proprio modo di disciplina (secondo i canoni di *extrema ratio* e di frammentarietà) ai soli comportamenti che attingano un'adeguata soglia di gravità, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo.

Occorre, però, evitare che una “esasperata” valorizzazione del requisito dell’offesa in termini di *lesione* o di *danno* a scapito di quello del *pericolo* (concreto) e una distorta prospettiva della (scelta e della) tutela dei beni giuridici, matrice della proliferazione di “compiacenti” *soglie di rilevanza* del fatto e di “generose” *cause di non punibilità* connesse ad interessati “ravvedimenti” *ex post* del reo, finiscano col portare, anziché all’auspicato recupero di efficienza del sistema, alla sua concreta e definitiva paralisi.

Così che, nella auspicata e quasi doverosa prospettiva dell’*evoluzione*, non ci si liberi con troppa disinvoltura dal peso, forse greve ma rassicurante, della *tradizione* e delle sue conquiste di civiltà.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Per la riforma dei reati societari: AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, Milano, 2002; AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Giappichelli, Torino, 2002; AA. VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. LANZI e A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2002; AA. VV., *Via libera al nuovo falso in bilancio: meno spazi per il giudice penale*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, p. 12 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 12^a ed., Giuffrè, Milano, 2002; P. CAPELLO, *Dolo e colpa nei reati societari, tributari e fallimentari*, Cedam, Padova, 2002; F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. legisl. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 695 ss., 833 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2002.

Per la riforma dei reati tributari: AA. VV., *Diritto penale tributario*, a cura di E. MUSCO, Milano, 2002; AA. VV., *Reati tributari: via libera dal 15 aprile all’era del dopo «Manette agli evasori»*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 14, p. 12 ss.; G. BELLAGAMBA, G. CORITI, *I nuovi reati tributari. Commento per art. al d. lgs. 10/03/2000, n. 74*, Giuffrè, Milano, 2000; I. CARACCIOLI, *Reati fiscali: ritorna la forte tentazione di resuscitare la pregiudiziale tributaria*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 5, p. 13 ss.; A. LANZI, *Le novità della riforma del sistema penale tributario*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 401 ss.; A. MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 119 ss.; U. NANNUCCI, A. D’AVIRRO, *La riforma del diritto penale tributario*, Cedam, Padova, 2000; A. PERINI, *Verso la riforma del diritto penale tributario: osservazioni sulla legge di delegazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 680 ss.; G. TARANTINI, G. ESPOSITO, *La nuova disciplina dei reati tributari: gli effetti pratici della riforma introdotta con il d. lgs. n. 74/2000*, Cedam, Padova, 2000.

Per la responsabilità da reato degli enti collettivi: AA. VV., *Responsabilità amministrativa delle imprese*, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p. 8 ss.; C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir.*

pen e processo, 2001, p. 1348 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.; A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, p. 1061 ss.; S. GENNAI, A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2001; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giustizia*, 2001, n. 23, p. 8 ss.; E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere giur.*, 2001, n. 7, p. 845 ss.; D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.

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

ABSTRACT

The report provides, in a critical perspective, an overview of the crucial steps of the comprehensive reform that in recent years has deeply amended the criminal law of economics: special attention is paid to the three main reforms enacted year after year from 2000, which have re-disciplined namely the fiscal crimes, the administrative-criminal liability of legal entities and the corporations crimes.

What is more, a drastic reform concerning bankrupt crimes is perhaps to come in 2003, which is likely to modify radically the last sector of economic criminal law still influenced by the traditional principles of the legal culture.

La Relazione ripercorre, in modo ricognitivo ma con accento critico, le molteplici e "brucianti" tappe della riforma complessiva del diritto penale economico, che ha visto susseguirsi, con cadenza annuale, dal 2000 al 2002, tre cruciali interventi legislativi che hanno interessato, in successione cronologica, i reati tributari, la responsabilità penale-amministrativa delle persone giuridiche e i reati societari, mentre per il 2003 è annunciata una drastica riforma dei reati fallimentari che rappresentano, attualmente, l'unico settore della criminalità economica in cui ancora si può avvertire il peso della tradizione giuridica.

PETER LEYLAND

CORPORATE MANSLAUGHTER: WHERE SHOULD THE BLAME LIE? (*)

This paper provides a discussion of the law of corporate manslaughter in England and Wales. It will first concentrate on the obvious shortcomings in the current law, before providing a brief critical assessment of recent proposals for change.

In the last few years there has been increasing concern over the threat to public safety caused by the failure of large corporations and smaller companies to provide adequate safety standards for the public and for their employees. A situation that has been vividly highlighted in a number of widely reported disasters⁽¹⁾. The most recent of these disasters have occurred on the railways and the inquiries that followed have highlighted many shortcomings in the system operated by Railtrack and the train operating companies. There has also been criticism of company management in the strongest possible terms and numerous recommendations to prevent the recurrence of such accidents⁽²⁾.

In a related area, from April 1992 to March 1998, 59 cases of work place deaths were investigated by Health and Safety Executive (HSE) and were

(*) I would like to thank my colleagues Janet Loveless and Caroline Derry for their very helpful comments on an earlier draft of this paper.

⁽¹⁾ See *Public Inquiry into the Piper Alpha Disaster* (1990) Cm. 1310.

⁽²⁾ The most serious was the Paddington Train disaster between a commuter train and a high speed passenger train from Cheltenham. This occurred on October 5 1999. In this collision 31 people were killed and many more injured. The immediate cause was the fact that the driver of a commuter train had gone through a red signal. In the Report of the Public Inquiry into the disaster at Paddington presided over by Lord Cullen, it is revealed that this signal had been a problem for train drivers. It was located at a place which had restricted visibility. This had been pointed out by drivers prior to the accident. The Cullen report made a number of very strong criticisms of railtrack for its lamentable failure to respond to previous criticisms. For example, Lord Cullen states that comments from the chief executive of Railtrack that the station was well protected were illjudged and complacent.

referred to the CPS for possible manslaughter charges. The Crown Prosecution Service (CPS) has been able to prosecute in only 18 cases and only 4 during that time were successful (most of these cases did not concern corporations). It will be argued that these statistics and the examples which will be discussed in detail later highlight a failure in the criminal law. It is clear that hardly any manslaughter cases in relation to disasters and deaths at work come before the courts and when they do it is very difficult to sustain a conviction. This is not because of unwillingness on the part of the Health and Safety Executive and other enforcing authorities to refer such cases to the Crown Prosecution Service and the police.

It seems that there are two separate but related questions for us to consider. First, in principle, should companies and their directors/senior managers be exposed to criminal liability for incompetence and failures to act when the safety of the public or of workers are put at risk⁽³⁾. The second question is a practical one. If it is accepted that there should be corporate liability for manslaughter, how should the law be framed to give rise to effective enforcement.

Should corporate manslaughter be regarded as a crime?

It has been suggested that it is fundamentally different when deaths occur as part of what would otherwise be a lawful activity. This is because the motivation for the activity itself is lawful and it would therefore be a mistake to see such conduct as equivalent to most other forms of manslaughter⁽⁴⁾. On this view, it is recognised that corporations are offering services that are socially beneficial in circumstances when they are performed safely. When things go wrong, it might be suggested that these are failures which are equivalent to accidents. This discussion of corporate liability is, in fact, dealing with the boundary between civil and criminal liability. There has never been any question that the civil courts would award compensation as part of the tort of negligence for a breach of a common law duty of care resulting in person's death.

In essence, the problem is that the issue of corporate liability arises in situations in which individuals at the moral centre of the community might be identified as being criminal⁽⁵⁾. And it is clear that "... the criminal law ideologically was never thought to be an appropriate mechanism for dealing

⁽³⁾ For a detailed study of this area see generally C. Wells *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 2001.

⁽⁴⁾ C. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 2001 at p. 148

⁽⁵⁾ A. Norrie *Crime, Reason, History*, 2nd ed., London, Butterworths, 2001 p. 92. Managers and directors of large companies might be regarded as occupying the position in the moral centre of the community.

with 'respectable' corporate criminals⁽⁶⁾. Further, it has been suggested that although corporations are formally subjected to the criminal law they remain symbolically outside the way it routinely operates. This is because, in practice, they usually encounter criminal law in its regulatory guise which relies on an agency or inspectorate using statutory powers to prosecute. This only happens as a last resort, and even when a company is found guilty, the conviction not only lacks the condemnatory effect that a criminal reputation usually carries, but also the levels of punishment, in the form of fines, are frequently set at low levels⁽⁷⁾. It should also be stressed that in many cases a prosecution of a company for breaches of statutory regulations will be successful when a prosecution for manslaughter fails⁽⁸⁾.

Equally, it would appear that an approach which seldom attributes criminal liability to companies, or their directors and managers, reflects the general influence of political individualism in criminal law theory. The argument runs that only individuals can do things, so it is right to concentrate attention on those blameworthy individuals. Obviously, this reinforces the notion of individual autonomy and responsibility, with *mens rea* remaining the central concept in attributing criminal blame. However, it will be argued that such a conception seriously overlooks the impact of corporations in the modern world. In essence, companies often acquire a dynamic which might transcend the actions of any of its employees and become a threat to the wider community⁽⁹⁾.

The Legal Problem

It is useful to examine the *Herald of Free Enterprise* disaster from the standpoint of corporate blame to help elucidate some of the problems with the current law of corporate manslaughter. On March 6 1987 a car ferry called the *Herald of Free Enterprise* sailed out of harbour with its bow doors wide open. The ship made a sharp turn which allowed a considerable amount of water to enter the vehicle deck, leading to heavy listing. According to the inquiry, this was the immediate cause of the disaster since the bow doors were wide open and the vessel was trimmed to the head with ballast, meaning the ship's nose was down in the sea⁽¹⁰⁾. The vessel took in a substantial amount of water and immediately became unstable due to the configuration

⁽⁶⁾ *ibid* p. 82.

⁽⁷⁾ C. Wells "Cry in the Dark: Corporate Manslaughter and Cultural Meaning" in Loveland I (ed.) *Frontiers of Criminality*, London, Sweet & Maxwell, 1995 at p. 110.

⁽⁸⁾ See e.g., the railway cases cited below.

⁽⁹⁾ A. Ashworth *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 1999 at p. 120.

⁽¹⁰⁾ An inquiry into MV *Herald of Free Enterprise* investigation was held under s. 55 Merchant Shipping Act 1970 under Mr. Justice Sheen. This was subsequently published and is referred to as the Sheen Report.

of its car decks. There were no bulkheads to contain the water, once it reached this level. The listing of the ferry was almost instantaneous, and this resulted in it capsizing soon afterwards. It was also acknowledged by experts that after the water was on the car deck corrective action was virtually impossible. Very little time elapsed between the water entering and the ship capsizing. This was a matter of 3-5 minutes. (The Titanic took several hours to sink). Nearly two hundred people died as a result of the sinking. Should this simply be regarded as an unfortunate accident which would lead to a civil remedy for a breach of duty of care, or should there be criminal responsibility?

The failings that later emerged at the inquiry were an extraordinary catalogue of incompetence relating to many levels of operation, management and design. The inquiry identified irresponsible management decisions which contributed to operational dangers. In turn, these could be linked to the immediate cause of the accident. It was revealed later that the bosun, who was supposed to be responsible for closing the bow doors, was asleep. The first officer who was under a duty to check that the doors were closed, could not do so, because he was also expected to be on the bridge helping the captain at the time the ship left harbour. This was because the company had decided to operate with one officer less. The captain sailed at speed out of the harbour, but from the bridge he had no way of ascertaining whether the doors were open or closed. The report revealed that the captains of other vessels had pointed out to the company that indicator lights were needed to confirm that the doors were closed. These demands were dismissed out of hand by the company management.

The Current Law of Corporate Manslaughter

In the official report Mr. Justice Sheen's conclusions were unequivocal:

"At first sight the faults which led to this disaster were ... the errors of omission on the part of the Master, the Chief Officer and the assistant bosun, and also the failure by Captain Kirby to issue and enforce clear orders. But a full investigation into the circumstances of the disaster leads inexorably to the conclusion that the underlying or cardinal faults lay higher up in the company. The Board of Directors did not appreciate their responsibility for the safe management of their ships. They did not apply their minds to the question: what orders should be given for the safety of our ships? ...All concerned in the management, from the members of the Board of Directors down to the junior superintendents, were guilty of fault in that all must be regarded as sharing responsibility for the failure of management. From top to bottom the body corporate was infected with the disease of sloppiness."⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ Sheen Report para. 14.1.

The licensing authorities must also be seen to bear indirect responsibility for this accident. The ferry design had been approved despite not having bulkheads (which are now a statutory requirement). It was well known by naval architects that roll on, roll off ferries of this type could become rapidly unstable in the absence of any means of containing water at this deck level. After industry pressure, which had pointed out that installing bulkheads would slow down loading times and reduce capacity, the roll on, roll off design had been approved by the authorities.

It was subsequently held by Bingham LJ in *R v HM Coroner for East Kent, ex p. Spooner*⁽¹²⁾ that a prosecution of the company in these circumstances was possible but subject to very significant qualifications: "Whether the D is a corporation or a personal defendant, the ingredients of manslaughter must be established by proving the necessary *mens rea* and *actus reus* of manslaughter against it or him by evidence properly relied on against it or him".

The Requirement of Mens Rea

In other words, as recognised by Sheen J in the inquiry report, there was at least a *prima facie* case that the directors did not apply their minds to gare management, although, of course, they should have done so. This very serious omission is not, in itself, enough to qualify for corporate manslaughter. Before a company can be convicted of manslaughter, an individual who can be "identified as the embodiment of the company itself" must first be shown to have been guilty of manslaughter.

Mens rea is a general requirement of criminal law and the need for it to be established becomes greater with the increasing seriousness of the crime⁽¹³⁾. The concept has been defended because it links blame to individual agency. The reason for recognising a notional mental state is that it allows the truly guilty to be punished as criminals. It also differentiates between conduct which is deemed seriously criminal and deserves condemnation from that which is, for example, merely negligent. The suggestion is that criminal conduct is more worthy of condemnation, if it has been the result of a choice to do wrong. For most crimes requiring *mens rea* the accused either intends to do an act directly (or obliquely), or else is subjectively reckless. This covers the state of mind of the deliberate conscious risk taker who knows there is a risk in what she is doing, but, nevertheless, is prepared to take the risk. It is

⁽¹²⁾ (1989) 88 Cr App R 10.

⁽¹³⁾ For further discussion of involuntary manslaughter see C. Clarkson "Context and Culpability in Involuntary Manslaughter: Principle or Instinct" in A. Ashworth and B. Mitchell *Rethinking English Homicide Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

often suggested that this needs to be distinguished from the person who simply causes an accident. In certain contexts this can be problematic. For example, when it comes to obtaining convictions for causing death by driving, there may be problems in getting a jury to convict a motorist for the more serious offences. The jurors as motorists identify with the D's situation.

For example, Albert is a retired general practitioner of high reputation. On a journey to Cornwall he has come across a slow moving vehicle in front that has been holding him up for several miles. He eventually decides to overtake, but this is near to a bend in the road. A vehicle is coming fast in the opposite direction. A head on collision takes place which results in the death of the driver of the oncoming vehicle. This is a serious miscalculation and it is also bad driving because there was not a enough clear road to complete the overtaking. But was it reckless? Certainly, it is conscious risk taking. On the other hand, it could be suggested that all overtaking manoeuvres involve conscious risk taking. This is because driving is an inherently dangerous activity. In this case the risk taker recognises the risk and thinks that it has been eliminated. He calculates (wrongly because of his age, failing eyesight or lack of familiarity with the vehicle) that there is enough time or space to overtake. Furthermore, as a result of this miscalculation he has put his own life greatly at risk. This is undoubtedly driving that falls below that which might be expected of the careful and competent driver, which is the standard expected under the Road Traffic Act 1991⁽¹⁴⁾.

At this point we should remember that there is an equally important family of criminal offences where no *mens rea* is required. These are the statutory offences of strict liability, vicarious liability and corporate liability. The expansion of criminal law into a new regulatory role had its origins in the growth of the administrative state in the latter half of the nineteenth century and the twentieth century when government assumed responsibility for regulating activities in many different ways. It is now taken for granted that when it comes to road traffic, drugs, dangerous substances, firearms, food, and health and safety convictions are possible without proof of any mental element. It might be suggested that a jury would be quite willing to see Albert's license suspended for several years and for him to be given a

⁽¹⁴⁾ Section 2 Road Traffic Act 1991 defines careless driving: "If a person drives a mechanically propelled vehicle on a road or other public place without due care and attention, or without reasonable consideration for other persons using the road or place, he is guilty of an offence". Maximum penalty is a fine. Contrast S.1 Road Traffic Act 1991 which provides that: "a person is to be regarded as driving dangerously if ... (a) the way he drives falls far below what would be expected of a competent and careful driver..." Maximum penalty two years imprisonment. If the D's dangerous driving causes death the maximum sentence rises to 10 year imprisonment.

substantial fine⁽¹⁵⁾. The question is whether this should be regarded as equivalent to manslaughter. Has there been an exposure to risk which would justify a substantial term of imprisonment as an appropriate punishment, or is this a miscalculation, that is simply the kind of misjudgement that any driver could so easily make?

The strict liability requirement of the less serious road traffic offences provides scope for the court to impose limited punishment often without recourse to jury trial. Such an approach also makes it much easier to prosecute companies who fail to comply with regulations. In practical terms, it would simply not be possible to enforce the full range of offences necessary to control these areas by making *mens rea* a basic requirement. Offences of strict liability have assumed great importance but there is an assumption that they have a different function to 'true' crimes. A conviction based on strict liability does not carry the same stigma as other criminal offences. If we consider Albert, his conduct satisfies the lesser traffic offences e.g., driving without due care and attention, and would certainly result in a conviction but only limited punishment in the form of a fine and the suspension of his driving license. However, it could be argued by a utilitarian taking a deterrentist position that registering a conviction and imposing a fine is not enough. A life has been lost, this greatly boosts the seriousness of the offence. A light sentence sends entirely the wrong message to other drivers about acceptable driving standards. This discussion is related to corporate crime, because in most cases where the criminal law applies to corporations, it is in a regulatory capacity under statute⁽¹⁶⁾ with limited punishment in the form of fines. Obviously a similar argument founded on deterrence in relation to such punishment can be applied to corporations. The essential difference is that corporations do not have real personality but only legal personality. As we shall see, this creates additional problems. Moreover, it should also be recognised that there has frequently been a hostile public and media response to disasters which have been caused by corporate neglect and that this has led to calls for greater retributive punishment which stigmatises the company and its directors.

If we now return to the *Herald of Free Enterprise* situation, Bingham LJ makes it clear⁽¹⁷⁾ that it would have to be proved that the senior managers, as

⁽¹⁵⁾ See, *R v King* [2001] Crim LR 493.

⁽¹⁶⁾ There are many situations where this is accepted. E.g., environmental pollution: see *Alphacell v Woodward* [1972] AC 824 which illustrates that very strict standards may be expected even if this is unjust. This approach is defended on the grounds of deterrence.

⁽¹⁷⁾ See *R v HM Coroner for East Kent, ex parte Spooner* (1989) 88 Cr App R 10. This was a judicial review case arising from the *Herald of Free Enterprise* ferry

the embodiment of the company, had actually addressed the relevant safety issue themselves, and deliberately decided not to take corrective action. This suggests that they would have to be aware of the risk that they were running and by failing to act, they were subjectively reckless. However, since it was the *Caldwell/Lawrence* test for manslaughter that applied at the time and this covers anyone who creates an obvious risk, it is difficult to see why, in principle, a prosecution was not possible⁽¹⁸⁾.

Moreover, it is relevant to note that the gross negligence test for manslaughter, that has been adopted by the House of Lords since, is entirely objective and is based on the tort of negligence⁽¹⁹⁾.

In June 1989, after considerable public pressure, the Director of Public Prosecutions (DPP) decided to bring charges against certain individuals, including the captain, the bosun and against P & O. However, perhaps not surprisingly in view of the points that have just been considered, the prosecutions that followed failed. This boiled down to the fact that the trial judge ruled that no individual in the position of being part of the controlling mind had the requisite *actus reus* and *mens rea* of manslaughter. There was a general lack of evidence in regard to the captain and bosun. Although, the trial judge, Turner J., instructed the jury to acquit, he confirmed that a corporation could, in principle, be prosecuted for manslaughter. The problem is that if the normal rules of criminal liability are followed, it is extremely difficult to establish liability of large companies because the controlling officers are often very distant from where the main activities of the company take place. Even when this first hurdle is surmounted, it is necessary under the present law to establish individual *mens rea* and *actus reus* on the part of each superior officer.

disaster. It was a challenge to the decision of the coroner who had ruled that a company could not be indicted for manslaughter.

⁽¹⁸⁾ The test established by Lord Diplock requires that: "if (1) he does an act which in fact creates an obvious [and serious] risk [...that a person might be killed or seriously injured] and (2) when he does the act, he either has not given any thought to the possibility of there being any such a risk, or has recognised the risk and has none the less gone on to do it". To satisfy the test the risk must be obvious to the reasonable person and this clearly includes the unconscious risk taker: the person who has not given any thought to the possibility but clearly should have done.

⁽¹⁹⁾ See *Adomako* [1994] 3 WLR 288 HL. C. Wells [1996] "The Corporate Manslaughter Proposals: Pragmatism, Paradox and Peninsularity" *Crim LR* 543-553 at p. 548 regards the confusion of the tests for manslaughter as a possible explanation of the collapse of the P & O trial. In any event, if we examine these facts from the standpoint of the current gross negligence test for manslaughter which is entirely objective. There is no doubt that the senior managers are under a duty of care, and that in a general sense there has been a breach of duty. The problem arises in isolating this generalised breach of duty and equating it with the immediate cause of the accident.

In the recent case of *A-G's Reference (No. 2 of 1999)* ⁽²⁰⁾ it was held in line with Bingham LJ and Turner J, that it was a condition precedent for manslaughter by gross negligence for a guilty mind to be proved. It was further held that, where a non-human defendant was prosecuted, there could only be conviction via the guilt of a human being who could be identified (this issue of identification will be discussed shortly). As a result of this decision, no trial took place for manslaughter. On the other hand, it was possible to prosecute the train operating company for breach of regulations under the Health and Safety at Work Act 1974. Subsequently, the Court of Appeal held that, it was possible, in principle, for a defendant to be properly convicted of manslaughter by gross negligence in the absence of evidence as to the D's state of mind ⁽²¹⁾. This was because a conviction for manslaughter by gross negligence under the test in *Adomako* [1995] 1 AC 171 does not require evidence of state of mind. In fact, the test is based on the tort of negligence. Lord Mackay explained that: "There has to be a breach of a duty of care towards the victim that has died. If such breach of duty is established the next question is whether that breach of duty caused the death of the victim. If so, the jury must go on to consider whether the breach of duty should be characterised as gross negligence and therefore a crime".

No Aggregation Principle in English Law

A second crucial point which is relevant to this discussion is that for corporate liability there must be evidence against an identifiable individual. Aggregation of blame is an alternative approach which proposes that although no single person has done enough to amount to the offence, the requirements of the offence may be satisfied by adding together the separate elements. This can be constructed from the knowledge and attitudes of managers and employees taken as a whole. The common law has rejected this approach. In *Armstrong v Strain* [1952] 1 All ER 139 Devlin J held: "You cannot add an innocent state of mind to an innocent state of mind and get as a result a dishonest state of mind". Much more recently Bingham LJ confirmed in *R v HM Coroner for East Kent, ex p. Spooner* (1989) 88 Cr App R 10 that "a case against a personal defendant cannot be fortified by evidence against another defendant. The case against a corporation can only be made by evidence properly addressed to showing guilt on the part of the corporation as

⁽²⁰⁾ [2000] Crim LR 475. This prosecution arose from the crash at Southall between a high speed Swansea train and a freight train in which seven people died. Since rail privatisation a number of serious crashes has led to concern over falling standards and greater accountability. There has been a major public inquiry by Lord Cullen into the accident at Ladbroke Grove outside Paddington Station.

⁽²¹⁾ *ibid.* p. 476.

such". That is to say that no aggregation of blame could be used to proceed with the prosecution. Once again, the Court of Appeal repeated in *A-G's Reference (No. 2 of 1999)* that, a conviction for gross negligence manslaughter of a non human defendant was not possible in the absence of evidence establishing the guilt of an identifiable human being.

At this point, it is worth contrasting *OLL Ltd and Kite* ⁽²²⁾ with the P & O case, as this prosecution concerned a much smaller company, and also showed that a conviction for corporate manslaughter is possible under English criminal law ⁽²³⁾. This case arose from the Lyme Bay tragedy. A mixed group of teenage boys and girls with their teachers went on a school canoeing trip to an adventure centre on the Cornish coast. They had had virtually no training or experience, but were taken out to sea despite bad weather and inadequate safety precautions. It was not long before they got into difficulty. Nearly all the canoes capsized, tipping the youths into the sea. Two boys and two girls were drowned, others were injured. During the trial evidence was submitted which indicated that the managing director and owner of the centre had not taken any notice of prior warnings about safety training. Worse still, he failed to take the most obvious precautions to protect the children by taking account of an adverse weather forecast which should have led to the cancellation of the trip. Although not present at the time of the accident, Peter Kite, the managing director, was convicted of manslaughter. He was identified as the directing mind of the company, and in accordance with the principle referred to by Bingham LJ in *R v HM Coroner for East Kent, ex p. Spooner* (1989) 88 Cr App R 10, this allowed OLL Ltd also to be convicted of manslaughter. The company was fined £.60,000 and Peter Kite was sentenced to three years imprisonment. It is interesting to note that the instructor who was actually at sea with the children at the time of the tragedy was acquitted of manslaughter.

The Identity Doctrine at Common Law

It has been explained that under the identification doctrine at common law only if one or more individuals, who are the embodiment of the company, are found guilty, can the company be convicted. It is exceptional for the identity of the company and the directing mind to be very closely related, as was the case in *OLL Ltd and Kite*. The common law position is that if there is insufficient evidence to convict the individual(s), any prosecution of the

⁽²²⁾ 1994, The Independent 9th October, [1996] Cr App R (S) 295.

⁽²³⁾ There have only been three convictions for corporate manslaughter under the current law which was introduced 30 years ago. See Hickman, L. "Corporate killing reforms" [2001] *New Law Journal* 912.

company will fail⁽²⁴⁾. This is because a corporation is recognised in law as a distinct *legal* person which can be criminally liable for its acts and omissions, but a company is considered to operate through its directors or employees. The problem to overcome is identifying individuals who can be regarded as the embodiment of the company, and who are therefore culpable. This becomes much more challenging with large companies which may have a more diffuse structure. In the examples of P & O and Railtrack, mentioned earlier, the ultimate responsibility for safety matters was unclear and no one individual had clear responsibility. In such circumstances it was impossible to identify specific individuals who could be properly regarded as representing the directing mind of the company.

In setting out to identify who is responsible for corporate actions Denning LJ (later known as Lord Denning) in *HL Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd* [1957] 1 QB 159 at p. 172 used the analogy of the human body to enable a distinction to be made between the hands (employees) and brain (directors). "It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which control the tools and act in accordance with directions from the centre". Therefore, it is the brain that is associated with the controlling mind and will of the company. The point being that for the company to be liable a causal link has to be demonstrated between the brains and the hands. These ideas were developed further in *Tesco Supermarkets v Natrass* [1972] AC 153. The facts of this case were that a pensioner attempted to purchase a product at the price advertised by the supermarket nationally, but was unable to find it at that price in his local Tesco store. Following a complaint the parent company was charged with a criminal offence under the Trade Description Act 1968. Tesco's are a large supermarket chain who argued successfully that there were strict controls within the company to ensure compliance with the law and that the failure to price the item correctly was in fact the fault of the store manager. In a decision that has often been criticised, it was held by the House of Lords that, a supermarket branch manager did not have sufficient power within the company to represent it for the purpose of these unlawful acts. In other words the manager was too far removed from the "brains" and therefore could not be identified with the company. This decision allowed Tesco to escape liability by demonstrating that the wrong doing was a result of the act of "another person" for the purpose of the Trade Descriptions Act. This approach has restricted corporate liability to a policy attributable directly to the highest levels of the company. This not only has the effect of failing to acknowledge the process of delegation which is an inevitable characteristic of the large corporations

⁽²⁴⁾ In practice this means that a prosecution is very difficult except in the case of owner operated businesses such as OLL L TD.

that make up the contemporary world⁽²⁵⁾ but in practical terms makes it very difficult to secure a conviction. It has recently been suggested that a theory of 'organsational fault' is required. This would mean that a company would be criminally liable in circumstances where a business is organised in a way that exposes persons and property to unreasonable and unnecessary danger and the company has failed to establish adequate means of controlling, monitoring and supervising the activity⁽²⁶⁾.

Causation

Under the current law causation is a related issue which may give rise to further difficulty. It is recognised under the principles of causation that are applied in homicide cases that there can be more than one cause of death. However, most prosecutions are brought against the person or Persons whose acts form the closest temporal and spatial link to the resulting death⁽²⁷⁾. Essentially, this works on the basis that the prosecution needs to show that the actions of the D were the direct cause of death. The point to note is that, adopting this view, the chain of causation from the corporate body and its directors can be broken by the interventions of a third party.

This provides an obvious escape route for corporate defendants who are distant from the activity itself. In the P & O case, it was the failure of the bosun to close the doors, and possibly the captain to check, which were the immediate cause of the tragedy.

The blame could be more easily attributed to them and so this would have broken the connection between the failings in safety that were the clear responsibility of the company. In the case of the rail accident, the red signal had been badly positioned and other safety issues had not been attended to,

⁽²⁵⁾ In *Meridian Global Funds Asia Ltd v Securities Commission* [1995] 3 WLR 413. Lord Hoffman provided a significantly wider interpretation of identification than in *Tesco v Natrass* and to attributing knowledge or other mens rea to a corporate body. This was regarded as a matter of construction of a particular statute. Some statutes could impose liability on a person not the "directing mind and will" of the company. In this case a chief investment officer invested in another company without disclosing this as required by s. 20 of the New Zealand Securities Amendment Act 1988. This action had not been disclosed to the managing director or the directors of the company. The conviction of the company was upheld by the New Zealand courts and the Privy Council. This was because this statute was designed to compel immediate disclosure in fast moving markets and if liability was not upheld in such cases the policy of the act would be defeated (see Clarkson & Keating pp. 233).

⁽²⁶⁾ J. Gobert and E. Mugnai, "Coping with Corporate Criminal Liability — Some Lessons from Italy" [2002] *Crim LR* 619-630 at p. 621.

⁽²⁷⁾ J. Gobert, "Corporate Killings at Home and Abroad — Reflections on the Government's Proposals" (2002) 118 *Law Quarterly Review* 72-97 at p. 85.

because of the inattention of management, but nevertheless it was the train driver who failed to see the red light and drove through it. It will be clear from the proposals of the Law Commission that a revised approach is needed to assess what failures have been *a* cause rather than *the* cause of the accident. This is in the sense that a failure to act to correct a dangerous situation may have endangered the public and the individual who is in charge of the operation of the service should remain responsible for this.

New Offence of Corporate Killing

To clarify the law of unlawful killing the Law Commission has proposed the introduction of three offences to replace the current offence of manslaughter. These would be reckless killing to replace reckless manslaughter, killing by gross negligence instead of gross negligence manslaughter, and a separate offence of corporate killing⁽²⁸⁾.

We now need to look at the definition of corporate killing in more detail.

(1) A corporation is guilty of corporate killing if:

(a) a management failure by the corporation is the cause, or one of the causes of a person's death; and

(b) that failure constitutes conduct falling far below what can reasonably be expected of the corporation in the circumstance.

Clause 4(2)

(a) There is a management failure by the company if the way in which its activities are managed or organised fails to ensure the health and safety of persons employed in or affected by those activities; and

(b) Such a failure may be regarded as a cause of a person's death notwithstanding that the immediate cause is the act or omission of an individual.

In the first place the main reason for liability under this new offence is because of a failure to ensure the health and safety of persons employed in, or affected by, the activities of a company. There is no longer any reliance on the identification doctrine which, as we have seen, has proved a major obstacle to surmount in many previous prosecutions for corporate manslaughter. Thus the essential element is that liability is attributed for the failure of the management rather than to the failings of individual directors. The new

⁽²⁸⁾ See <http://www.homeoffice.gov.uk/consult/invmans.htm#l.%20Corporate%20Liabililty>.

There are no immediate plans by government to introduce these changes to the law.

offence allows a company to be at fault in a criminal sense through the shortcomings in its policies and operations without any need to associate this with a human agent individually or collectively. An important issue will be how management failure is interpreted. This is because a finding of management failure will require a judgment of what could reasonably be expected of the company by way of standards of safety, and a further judgment of whether the standard of safety attained by the company falls far below reasonable expectations⁽²⁹⁾. It comes down to what standards of safety can reasonably be expected, and whether this failure to reach a reasonable standard has caused death.

Secondly, it is also apparent that the causation point is addressed by the Law Commission under the proposed new offence. In any given circumstance the criminal liability of the company will be judged independently of the employees. This is because under this definition it is simply stated that the management failure by the corporation has to be *a* cause, not *the* cause which would appear to mean that such a failure would have to constitute more than a minimal cause of death.

Thirdly, the company can be punished for the new offence with an unlimited fine or remedial order, but the most obvious weakness is that there are no direct punitive consequences for the individuals who run the company. It might be argued that this could deflect blame away from blameworthy individuals who deserve to be punished?

Several addition problems can be identified:

(1) Corporations and their subsidiaries: attributing corporate blame can be complicated by the fact that corporations often have multiple identities. This typically consists of a parent company and various subsidiaries. To make a new offence of corporate manslaughter effective, the offence needs to be defined in such away that the parent company can be made responsible for the acts and omissions of its subsidiaries. The government proposes that a parent company would be liable for killing committed by their subsidiaries when the management failure by a parent company can be regarded as the cause of death. This is easily stated but much more difficult to establish in law⁽³⁰⁾.

(2) Jurisdictional Problems: it has been recognised that it would be a major shortcoming if a company which carried out most of its business in the United Kingdom were to escape prosecution because the directors had

⁽²⁹⁾ B. Sullivan "Corporate Killing-Some Government Proposals" [2001] *Crim LR* 31-40 at p. 32.

⁽³⁰⁾ See Gobert 2002, p. 88ff.

chosen to incorporate overseas. A further difficulty to overcome is a jurisdictional question which occurs when the subsidiary is based in the UK but the parent company is a multi-national located abroad⁽³¹⁾. Recent legislation in Italy has introduced a new type of criminal liability that can apply to corporations and other legal entities and this Italian legislation allows prosecutions of corporations whose headquarters are in Italy⁽³²⁾.

(3) A further weakness with the governments proposals is that they only apply to homicides and not to other types of serious injuries which often occur in the workplace.

Punishment and Enforcement

How do you impose punishment in circumstances where the individuals at the top of the corporation have little connection to the wrong that has occurred?

In the general context of criminal law fines are the most common punishment and they are the obvious punishment for corporations. The idea is that a corporation should fully pay the penalty for their failure to comply with the law.

Under the Criminal Justice Act 1991 s. 18 fines must take account of financial circumstances and the defendant's ability to pay in order to try to reach a position of equality of impact. The problem that arises is whether the level of fines can be meaningfully equated to the degree of harm and also to the corporation's ability to pay. Two immediate questions that arise are: what price tag can be put on loss of life and how should any penalty be adjusted if a company is not solvent? If the level of fine is set too low, it will have a marginal impact on a large multi-national company, there will be no deterrent effect. On the other hand, imposing heavy fines on corporations may appear fully justified by the circumstances of a particular case, but may have much wider implications for shareholders, workers and consumers as well as for the directors. A company may be forced into bankruptcy. Indeed, it is worth noting the implications for Railtrack of recent fatal accidents. Safety considerations forced the company to embark on an extensive programme of remedial work costing hundreds of millions of pounds and within a year the company was forced into liquidation. Imposing large penalties on public

⁽³¹⁾ For further discussion of how to overcome the practical problem of taking enforcement action against companies incorporated in another jurisdiction see Gobert 2002, p. 91ff.

⁽³²⁾ See Article 4 of DLgs (Legislative Decree) of June 8, 2001 n. 231 and J. Gobert and E. Mugnai "Coping with Corporate Criminal Liability - Some Lessons from Italy" [2002] *Crim LR* 619-630 at r. 624.

authorities may also be ineffective unless this is linked to other powers. For example, the imposition of a substantial fine leaves less money available to address the shortcomings that caused the problem⁽³³⁾.

Further, it is important that the repetition of corporate manslaughter by corporations is prevented. The equity fine is another variant on the fine that has been proposed. Under such a scheme the company would be forced to issue shares to something equivalent to a public body acting as a victim compensation fund. It would have the power to dump shares on the market. This would have an adverse effect on the stock price and thus corporate managers would have an incentive to address the safety problem rather than face this consequence⁽³⁴⁾. The importance of adverse publicity directed at the corporation should not be underestimated.

The Law Commission recommended that with the offence of corporate killing the courts should be empowered to instruct companies to eliminate the harm caused. However, the Government proposes that any individual who could be shown to have had some influence on, or responsibility for, the circumstances in which a management failure falling far below what could reasonably be expected was a cause of a person's death, should be subject to disqualification from acting in a management role in any undertaking carrying on a business or activity in Great Britain.

There are possible problems with creating a distinct offence of corporate killing: it has been suggested that this might be regarded as something less serious than manslaughter. Another problem is that it might be taken to mean that companies would only be regarded as responsible for serious offences if a person was killed⁽³⁵⁾.

Conclusion

As Professor Ashworth points out: "The important point is that companies should be open to both criminal and civil liability, since it is them who create the structural context for the individual's conduct qua company officer. The corporation appoints the individual and sustains him in this position — the individual is in that place, doing that thing, because of the corporation — and so it is right that the corporation should bear primary liability, or at least

⁽³³⁾ See Fisse, B. "Recent Developments in Corporate Criminal Law and Corporate Liability to Monetary Penalties" (1990) 13 UNSWLJ 1 at p. 9. who points out that this may simply result in funds being moved from one budgetary head to another.

⁽³⁴⁾ Coffee J "No Soul to Damn: No Body to Kick: an Unscandalised Inquiry into the Problem of Corporate Punishment" (1981) 79 *Michigan Law Review* 386 at p. 412-420.

⁽³⁵⁾ Clarkson 2001, p. 147

concurrent liability with its officer⁽³⁶⁾. The new offence of corporate manslaughter that has been proposed is mainly about developing a more effective method of attaching blame to a company or a corporation.

Certainly a conviction will result in public condemnation and punishment in the form of fines and possibly disqualification. However, it has been suggested that when the public blame corporations they are not pointing the finger of blame at individuals behind the corporate mantle, but are condemning a policy, or the non-implementation or non-compliance with the policy⁽³⁷⁾. One alternative way of dealing with the problem would be to isolate corporate policy and regard this as: "the corporate equivalent of intention, and a company that conducts itself with an express or implied policy of non-compliance with a criminal prohibition exhibits corporate criminal intentionality..."⁽³⁸⁾. Another alternative approach is the concept of 'structural negligence' recently developed in Italy. This can be applied whether the act is committed by a director or a member of staff because the company is required to have established guidelines for control systems that take into account the risk of the offence that has been committed⁽³⁹⁾. Nevertheless, it can still be argued that this is an inadequate response which allows too much immunity to the captains of industry and the senior management of corporations. Although it may be hard to pinpoint blame, human agency often lies behind corporate failing. We have witnessed strongly hostile public reaction to recent accidents on the rail network. These disasters are attributable to high levels of neglect that should be the ultimate responsibility of the Board. It is argued that this blame should be directed, not just at the company and its policies, but at those directing minds. It seems extraordinary that individuals can enjoy many financial rewards and other advantages of the boardroom, but are insulated from criminal responsibility when things go wrong.

To overcome this problem, it will be necessary for the conception of a corporation to be radically overhauled. Such a change would enable the prosecution of the individuals who at any level are responsible for formulating company policy if that policy can be linked closely enough to a death. It should be remembered that the protection which is enjoyed through the designation of corporate status was originally a legal invention to limit *financial* liability. This was to provide protection to enterprising individuals

⁽³⁶⁾ Ashworth, 1999 p. 120-121.

⁽³⁷⁾ B. Fisse and J. Braithwaite "The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability" (1988) Sydney L. Rev. 479-508 at p. 468.

⁽³⁸⁾ B. Fisse "Recent Developments in Corporate Criminal Liability and Corporate Liability to Monetary Penalties" (1990) 13 *University of New South Wales LJ* at 15.

⁽³⁹⁾ J. Gobert and E. Mugnai "Coping with Corporate Criminal Liability - Some Lessons from Italy" [2002] *Crim LR* 619-630 at p. 626.

who were willing to put up capital to finance business ventures which presented a relatively high degree of risk. We have seen that corporate status now helps shield directors and managers from facing individual liability when death results from the actions of the company. It has been argued, 'that enforcement against corporations is most effective when accompanied by action against high-level managers at the same time⁽⁴⁰⁾. Therefore, it is proposed that a revised approach would be based on the assumption that not only irresponsible corporations are criminal, but that those directing and managing them will also potentially face criminal convictions. If the line of command does not identify the culpable individuals at the highest level, then, it must be modified to make sure that it does so in the most extreme cases of neglect. Such an approach is vital in industries such as transport, construction, power and manufacturing where safety is routinely a matter of paramount concern⁽⁴¹⁾.

ABSTRACT

The present study analyses the liability of legal entities for manslaughter, especially when it is caused by railways disasters and other kind of accidents related with transports.

The striking range between the number of accidents registered by public authorities, the number of indicted crimes, and the number of convictions is pointed out with particular attention.

Accordingly, the Author questions the efficacy of the legal discipline in matters, also criticizing the recent proposals of reform put forward by the Government.

Il saggio affronta la problematica della responsabilità per omicidio colposo delle persone giuridiche, soprattutto in caso di disastro, rilevando il notevole scarto quantitativo fra il numero di fatti rilevati dalla pubblica autorità, il numero di reati perseguiti dall'autorità giudiziaria e il numero dei casi conclusi con sentenza di condanna. L'Autore s'interroga, quindi, sull'efficacia dell'attuale disciplina normativa del fenomeno, valutando con spirito critico anche le recenti proposte di riforma in materia.

⁽⁴⁰⁾ C. Wells [1996] "The Corporate Manslaughter Proposals: Pragmatism, Paradox and Peninsularity" *Crim LR* 543-553 at p. 553.

⁽⁴¹⁾ The Health and Safety executive in reporting on the unsafe conditions in the construction industry has argued that it should have the power to prosecute individuals and not corporations for breach or safety regulations. See N. Lacy & C. Wells *C Reconstructing Criminal Law*, 2nd ed., London, Butterworths, 1998 at p. 521.

PAOLO VERONESI

RECENTI TENDENZE IN MATERIA DI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE TRA POTERI. PROFILI SOGGETTIVI E OGGETTIVI

1. *La flessibilità dei conflitti di attribuzione tra poteri*

È opportuno prendere le mosse dal titolo di questo scritto, poiché esso, nella sua apparente semplicità, cela un più profondo significato. Occorre insomma chiedersi perché non sia peregrino (né inutilmente ripetitivo) discutere, decennio per decennio, fase storico-giuridica per fase storico-giuridica, delle “*recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*”. La risposta è semplice ma impegnativa: la materia dei conflitti si caratterizza per essere in continua evoluzione; ciò avviene anche (ma non solo) perché essa si pone, all’evidenza, a stretto contatto con la politica, dovendo, il relativo giudizio, offrire soluzione giuridica a contenziosi che sono spesso relativi a problemi di allocazione del potere ⁽¹⁾. Tale, permanente

⁽¹⁾ Per alcune, sintomatiche emersioni di questo profilo basti pensare all’evoluzione e all’inflazione dei conflitti *ex art. 68 Cost.* (espressivi della latente ma costante tensione esistente tra Camere e autorità giudiziaria), ai conflitti decisi con sent. n. 7/1996 (e sollevati dall’ex Guardasigilli Filippo Mancuso), ai conflitti che hanno visto contrapposti la Presidenza del Consiglio, la Procura e il G.i.p. di Bologna in materia di segreto di Stato (sentt. n. 110 e 410/1998); alla sent. n. 225/2001 che ha posto fine al c.d. “caso Previti” (nonché agli analoghi conflitti, tuttora pendenti, e coinvolgenti, come si dirà, i deputati Maticena e Cito). Su ciascuno di questi episodi si tornerà più oltre nel testo. *Si ometteranno invece riflessioni specifiche sui conflitti ex art. 68 Cost., i quali impegnano ormai la Corte con un ritmo che potremmo dire forsennato, e che sono assai trattati in dottrina*; per alcuni, significativi dati statistici sul punto cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino 2002, 174 ss. Sul tema dei rapporti tra fasi politiche e praticabilità dei conflitti v. le annotazioni di E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna 1999, 60 ss.

“confine mobile” si riscontra altresì perché la “laconicità” della disciplina sui conflitti – a ben vedere *provvidenziale*, considerando la funzione di chiusura del sistema svolta da questo tipo di giudizio, nonché l’evidente imprevedibilità soggettiva e oggettiva delle istanze conflittuali⁽²⁾ – rende tale strumento decisorio assai sensibile ai “cambi di stagione” e fortunatamente adattabile (senza forzature) alle esigenze del momento. Così, nel corso del tempo, esempi ritenuti di scuola cessano di essere tali⁽³⁾, e vicende neppure immaginabili divengono banalmente quotidiane⁽⁴⁾. E lo stesso accadrà per ulteriori, futuri episodi, al momento neppure immaginabili (o ipotizzabili magari con un sorriso sulle labbra)^(4bis).

2. Il soggetto è l’oggetto, ovvero la compenetrazione tra i profili soggettivi e oggettivi

Esiste una evidente difficoltà, nel conflitto di attribuzione, a tenere scissi i profili soggettivi e oggettivi. È anzi più corretto parlare di una necessaria, stretta e continua sinergia tra questi due aspetti. La stessa Corte ha esplicitato tale concetto con l’ord. n. 177/1998: nel dichiarare l’inammissibilità del conflitto sollevato dal singolo parlamentare *ex art. 68, comma 1, Cost.*, essa ha infatti precisato, in un significativo *obiter dictum*, che rimane “*impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di*

(2) Così R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 3.

(3) A tal proposito, sempre attuali rimangono le osservazioni di G.U. RESCIGNO, *Il «caso Mancuso» ovvero della inesistenza dei casi di scuola, ovvero del dovere dei giuristi di rispondere ai quesiti giuridicamente possibili*, in *Dir. pubblico* 1996, 235 ss.

(4) Chi avrebbe immaginato un conflitto tra il Ministro della giustizia e il “suo” Presidente del Consiglio? Eppure questo è il fulcro del contenzioso insorto in ordine al procedimento di grazia a favore di Renato Curcio e deciso (*rectius*: rientrato) con l’ord. n. 379/1991; chi avrebbe previsto un conflitto tra C.S.M. e Guardasigilli in materia di concerto per la nomina dei capi degli Uffici giudiziari? Eppure ciò è accaduto (cfr. sent. n. 379/1992); chi avrebbe anche solo pensato a un conflitto tra un ministro sfiduciato e il Parlamento, il Governo e il Presidente della Repubblica? Eppure questo è quanto la Corte deve registrare nella sent. n. 7/1996. Come prevedere la possibilità di un conflitto promosso dalla Sezione disciplinare del C.S.M. (e dunque non dall’organo nel suo complesso)? Eppure un tale contenzioso è giudicato dalla Corte nella sent. n. 270/2002 (assai interessante anche per i suoi profili oggettivi, attinenti ai limiti connessi alla garanzia di cui all’art. 68, comma 1, Cost.). Esistono però anche altri, più recenti esempi dello stesso tenore che si illustreranno in seguito.

(4bis) Nel momento in cui si licenzia questo scritto è stato da poco pubblicata l’ord. n. 455/2002, con la quale la Corte costituzionale dichiara ammissibile un incredibile conflitto sollevato dall’ex Presidente Cossiga nei confronti della Cassazione. Per ogni approfondimento si rinvia a R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il «caso Cossiga». Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*, Torino 2003.

potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato". Ne deriva che se, in futuro, si daranno casi in cui risulteranno effettivamente lese attribuzioni proprie del parlamentare (profilo oggettivo) anche il conflitto individuale sollevato da quest'ultimo potrà dirsi ammissibile (profilo soggettivo)⁽⁵⁾.

Del resto, la dottrina ha da tempo sottolineato come non sia disponibile un elenco dettagliato ed esclusivo dei poteri, possibili confliggenti. Ciò che, per anni, è stata ritenuta una grave lacuna della disciplina sul tema, costituisce

(5) Il problema della legittimazione attiva al conflitto del singolo parlamentare si è riproposto, di recente, nel c.d. «caso Previti»; la Corte chiude peraltro la *quaestio* – con riguardo esclusivo alla specifica fattispecie in discussione, ma non in via generale e astratta – nell'ord. n. 101 del 2000 (su questo punto v. il commento di G. BRUNELLI, «Caso Previti», *atto I: porte aperte alla Camera e al Senato, porta chiusa (ma non del tutto) al Deputato*, in *Giur. cost.* 2000, 964 s.). Sulla legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto si v. le ordd. nn. 179, 178 e 177 del 1998 (cfr. G. RIVISECCHI, *Sull'inammissibilità del singolo deputato a sollevare conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato di fronte alla Corte costituzionale*, in *Gazz. giur. Giuffrè - Italia oggi* 1998, n. 33, 1 ss.), nella quale ultima, la Corte – come sottolineato, tra gli altri, da N. ZANON, «Sfere relazionali» riservate a Parlamento e Magistratura e attribuzioni individuali del singolo parlamentare: una distinzione foriera di futuri sviluppi?, in *Giur. cost.* 1998, 1487 – pur adombra la “clausola di sicurezza” ricordata *supra* nel testo. L'a. evidenzia almeno un'ipotesi di conflitto in cui la legittimazione del singolo parlamentare parrebbe ammissibile: si tratta del caso in cui questi proponga ricorso avverso la camera di appartenenza che ingiustamente gli neghi la protezione dell'insindacabilità (p. 1486 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici). Nella stessa prospettiva v. anche Id., *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991, 311 ss. Per queste eventualità si v. altresì M. MEZZANOTTE, «Pregiudizialità parlamentare» e legittimazione al conflitto tra poteri del singolo parlamentare, in *Giur. it.* 2000, 148; A. SAITTA, *Alcune considerazioni in tema di ammissibilità dei ricorsi per conflitto di attribuzione proposti dall'on. Previti e dalla Camera dei deputati*, in *Il caso Previti, Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino 2000, 207 ss.; L. PESOLE, *Sulla legittimazione al conflitto del singolo parlamentare*, *ivi*, 150 ss. e Id., *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino 2002, 339 ss. Per altre ipotesi si v. R. BIN, *Un esperimento mentale*, in *Il caso Previti*, cit., 37 s.; N. ZANON, *I diritti del deputato «senza gruppo parlamentare» in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Giur. cost.* 1990, 1182 e A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, 271 ss. Contrario alla possibilità di un conflitto sollevato dal parlamentare nei confronti della camera di appartenenza è invece F. DONATI, *Tre brevi osservazioni sul «caso Previti»*, in *Il caso Previti*, cit., 82. Sull'opportunità che, a fronte di una giurisprudenza costituzionale alquanto restia ad ammettere la legittimazione del membro delle assemblee a sollevare conflitto di attribuzione, la Corte dovrebbe però ripensare e rivedere la propria chiusura in tema di intervento nel conflitto di soggetti che non sono parti nello stesso (con particolare riguardo alla posizione del singolo parlamentare), cfr. M. D'AMICO, *Legittimazione del singolo parlamentare o intervento nel giudizio?*, *ivi*, 79 s. Sulla (teorica) ammissibilità di conflitti addirittura sollevati da soggetti privati (ad esempio, il presentatore di una petizione ex art. 50 Cost.) v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 352 e A. CELOTTO, *Verso la legittimazione del singolo cittadino a proporre conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato?*, in *Giur. it.* 2000, 1572 ss.

invece la spia più clamorosa della necessaria (ed opportuna) flessibilità di cui questo strumento giuridico *deve* essere dotato. Solo in tal modo esso può infatti rispondere alle diverse emergenze conflittuali che si affacciano sull'ordinamento⁽⁶⁾. Se questo è vero, allora si comprende come, anche per la definizione dei poteri ammessi al conflitto, il profilo oggettivo diventi dominante. Un altro esempio di ciò si ritrova nei conflitti promossi dall'ex Guardasigilli Mancuso⁽⁷⁾: la Corte afferma, in questa circostanza – innovando agli approdi della sua giurisprudenza – che tutti i Ministri sono (potenzialmente) poteri dello Stato allorché siano oggetto di una sfiducia individuale approvata in modo illegittimo, e chiedano pertanto il ripristino dello *status quo ante*. Prima di questa pronuncia – nella sent. n. 150/1981, nell'ord. n. 379/1991 e nella sent. n. 379/1992 – la legittimazione del Ministro della giustizia ai conflitti tra poteri era stato desunto dalle espresse previsioni degli artt. 107 e 110 Cost.; ora, invece, a fronte di una fattispecie del tutto imprevedibile, la Corte corregge la propria rotta e apre al conflitto ministeriale. È stato insomma l'oggetto della controversia a mettere in luce le “zone d'ombra” della precedente posizione adottata dal giudice di legittimità e a suggerire una nuova impostazione del problema⁽⁸⁾.

Questo altresì spiega perché la Corte, anche quando si trova di fronte a conflitti improbabili dal punto di vista soggettivo, non si accontenta di

⁽⁶⁾ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 115 ss.

Proprio questa circostanza è in grado di spiegare l'apparente ambiguità di talune affermazioni contenute in particolari decisioni costituzionali. È il caso dell'ord. n. 226/1995, in cui la Corte dichiara inammissibile il conflitto sollevato dal Comitato promotore di referendum nei confronti del Garante per la radiodiffusione e l'editoria, affermando che le attribuzioni di quest'ultimo – previste in una legge ordinaria – non hanno rilievo costituzionale. Rimane aperta la *quaestio* se ciò voglia significare che può comunque esistere un potere (anche se tale non è il caso del Garante) pur fondato soltanto su legge ordinaria ma dotato di competenze di *rilievo* costituzionale. Mette bene in luce questa ambivalenza S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.* 1995, 1675.

Per una ricostruzione generale e storica della giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti interorganici, riguardante i profili soggettivi di quest'ultima, v. M. DI RAIMONDO, *L'individuazione dei soggetti del conflitto di attribuzioni: «nodi» e «traguardi» della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.* 2000, 1966.

⁽⁷⁾ Si v. la già citata sent. n. 7/1996.

⁽⁸⁾ Questo profilo della decisione in commento è stato compiutamente sviscerato dalla dottrina; si v., tra gli altri, S. BARTOLE, *Il caso Mancuso alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1996, 67 ss.; F. DONATI, *Unità di azione del Governo e responsabilità politica dei singoli ministri alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 7/1996*, in *Quad. cost.* 1997, 357 ss.; A. PISANESCHI, *Nuovi criteri in tema di legittimazione dei singoli ministri al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato e “moderata” apertura al controinteressato*, in *Giust. civ.* 1996, I, 1263 ss. e F. TERESI, *Sfiducia individuale, conflitto di attribuzione e forma di governo parlamentare: gli accidentati percorsi della Corte costituzionale*, in *Studi parl. e di pol. cost.* 1996, 19 ss. Si v. altresì i numerosi contributi apparsi in AA.VV., *I costituzionalisti e il “caso Mancuso”*, in *Giur. cost.* 1995, 4645 ss.

dichiararli inammissibili per tali ragioni, bensì – spesso sorvolando proprio su questo punto – si concentri e si pronunci sul loro oggetto⁽⁹⁾. È come se essa insomma ammettesse che una decisione altrimenti strutturata potrebbe non cogliere tutte le sfaccettature del contenzioso sottoposto al suo esame, finendo per apparire parziale, miope, incompleta. D'altra parte, ciò significa altresì che il medesimo soggetto, collocato in altri contesti, potrebbe benissimo configurare un potere dello Stato a tutti gli effetti. Con una formula, potrebbe dirsi che il soggetto è l'oggetto (o viceversa).

3. *Le "regole diverse" dei conflitti che hanno per parte il potere giudiziario: l'incidentalità*

Per scandagliare le novità che si sono presentate nel corso degli ultimi anni in ragione dei profili soggettivi e oggettivi dei conflitti è bene usare un comodo "filo di Arianna", il quale può condurci per un lungo tratto. Questa bussola è rappresentata dal potere giudiziario. Dal modo in cui esso si è atteggiato nel sollevare o nel resistere ai conflitti di attribuzione che lo interessavano, dalla mutata fisionomia del suo protagonismo in questo settore, si possono cogliere, in flagrante, alcuni significativi profili di novità soggettiva e oggettiva della materia.

⁽⁹⁾ V., ad esempio, l'ord. n. 73/1997, che dichiara l'inammissibilità del conflitto tra poteri sollevato dal Co.Re.Co Lazio nei confronti di una legge regionale (a tal proposito si rinvia a P. VERONESI, *Un conflitto preso troppo sul serio*, in *Le Regioni* 1997, 655 ss. e ad A. PISANESCHI, *Comitato regionale di controllo contro Regione Lazio: alla ricerca delle ragioni di un conflitto tra poteri dello Stato del tutto paradossale*, in *Giur. cost.* 1997, 732 ss., il quale definisce il conflitto citato "tanto fantasioso quanto giuridicamente temerario"). Analogamente significativo è l'esempio ricavabile dall'ord. n. 359/1999: di fronte a un conflitto sollevato da un avvocato nei confronti della Corte di cassazione, il giudice costituzionale lascia impregiudicato il profilo soggettivo della controversia e decide in riferimento alla specifica materia del contendere. Critica questa parte della motivazione G. GEMMA, *Possono gli avvocati sollevare conflitti di attribuzione tra poteri? Una risposta negativa della Corte: giusta ma non sufficientemente risoluta*, in *Giur. cost.* 1999, 2795 ss., il quale sottolinea gli argomenti giuridici che avrebbero giustificato una dichiarazione d'inammissibilità per l'insussistenza del profilo soggettivo. Di segno avverso il commento di F. RESCIGNO, *La Corte «rimane al suo posto» e l'ipotesi del ricorso diretto si allontana*, in *Giur. it.* 2000, 1571, per la quale, alla luce della giurisprudenza costituzionale sul diritto di difesa, la Corte avrebbe potuto ricostruire la figura dell'avvocato difensore quale soggetto "esercitante poteri che incidono su funzioni costituzionalmente rilevanti per lo stesso Stato". In merito alla stessa questione v. anche il già citato A. CELOTTO, *Verso la legittimazione del singolo cittadino a proporre conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato?*, cit., 1572 ss. (nel quadro di una più ampia ricostruzione teorica e giurisprudenziale – poggiante soprattutto sulla sent. n. 161/1995 – relativa alla possibile sollevazione di conflitti da parte di soggetti privati). Su questi (e altri) contenziosi si tornerà *infra* par. 20.

Un'avvertenza è d'obbligo: tratterò congiuntamente dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato *strictu sensu* nonché dei conflitti intersoggettivi su atto giurisdizionale, i quali altro non sono, come ormai universalmente accettato in dottrina, che dei veri e propri conflitti tra poteri neppure troppo mascherati⁽¹⁰⁾.

Inizio il percorso prendendo le mosse dal modo in cui la Corte ha riepilogato, proprio di recente, le “regole diverse” che vengono da essa applicate per verificare l'ammissibilità e per decidere un conflitto che vede coinvolto il potere giudiziario⁽¹¹⁾; e ciò soprattutto quando (come vedremo in seguito – essendo questo un tema fondamentale dei profili oggettivi dei

⁽¹⁰⁾ In tali casi si registra infatti, piuttosto che un conflitto tra le Regioni e lo Stato, un contenzioso tra l'amministrazione regionale e il potere giudiziario: cfr. R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto «partito» tra enti e «arrivato» tra poteri. (Il conflitto tra lo Stato e la Regione avente ad oggetto un atto giurisdizionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova 1995, 588 s. Sulle somiglianze tra i conflitti interorganici e intersoggettivi, messe in luce sin dal primo contenzioso promosso da una Regione contro un atto giurisdizionale, si v., per tutti, G. GROTTANELLI DÈ SANTI, *Differenziazione tra Assemblea regionale e Camere di indirizzo politico regionale*, in *Giur. cost.* 1964, 692 ss.; R. ROMBOLI, *Storia di un conflitto*, cit., 586 ss.; ID., *La magistratura nei conflitti tra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali: un problema ancora in attesa di soluzione*, in *Giur. cost.* 1997, 1701 ss.; R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino 1993, 254 ss. e L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, cit., 266 ss. Taluno, poi, ha proposto di inserire gli enti regionali tra i “poteri esterni allo stato apparato”: cfr. G. SILVESTRI, *Conflitto tra poteri e conflitto tra Stato e Regioni: incroci obbligati e necessarie innovazioni tecniche*, in *Foro it.* 1991, I, 334 s. Sul tema v. ora la dettagliata analisi giurisprudenziale di G. GRASSO, *Il conflitto di attribuzioni tra le regioni e il potere giudiziario*, Milano 2001, *passim*. Sui problemi connessi alla rappresentanza dello Stato, sempre affidata, in questi casi, al Presidente del Consiglio dei ministri, v. anche C. PADULA, *Il problema della rappresentanza dello Stato nei conflitti di attribuzione tra enti*, in *Giur. cost.* 2000, 3027 ss. Circa i rimedi elaborati dalla dottrina, nonché su quelli respinti dalla Corte, finalizzati a porre rimedio alla carente “rappresentanza” del potere giudiziario in simili conflitti cfr. R. ROMBOLI, *Conflitto tra enti su atto giurisdizionale: le soluzioni della dottrina al vaglio della Corte costituzionale nella perdurante latitanza del legislatore*, in *Le Regioni* 2001, 397 ss. e A. CONCARO, *Il contraddittorio nel conflitto tra enti sorto sulla base di un atto dell'autorità giudiziaria: una questione ancora aperta*, in *Giur. it.* 2001, 1025 ss. Un invito a distinguere i conflitti intersoggettivi da atto giurisdizionale (in tutto e per tutto assimilabili ai conflitti interorganici) da quelli in cui “la decisione dell'autorità giudiziaria finisce per incidere sul riparto delle competenze fra Stato e Regioni” è acutamente proposto da F. BIONDI, *In tema di conflitti sollevati dalle Regioni contro atti giurisdizionali, ovvero quando tali conflitti sono «effettivamente» conflitti Stato-Regioni, nonostante la natura giurisdizionale dell'atto impugnato*, in *Giur. cost.* 1999, 1509 ss.

⁽¹¹⁾ Il riferimento testuale è a F. BIONDI, *Le «regole diverse» alla base dei conflitti fra poteri promossi dagli organi giudiziari*, in *Giur. cost.* 2000, 1377 ss.

conflitti –) venga da questo impugnata in conflitto una legge o un atto avente la stessa forza.

E segue questo filo perché le conclusioni cui perviene la Corte – almeno in alcune loro implicazioni – non mi convincono.

La Corte è ormai giunta ad affermare che la legittimazione di ciascun organo giurisdizionale ad essere parte in un conflitto presuppone la verifica che il giudice in questione si trovi *nell'esercizio attuale e concreto della funzione giurisdizionale e non già in un esercizio "astratto" della stessa*. E ciò – afferma la Corte – in ragione del carattere c.d. "diffuso" del potere giudiziario. Più precisamente, nell'ord. n. 144/2000, essa sostiene che *"la legittimazione di ciascun organo giurisdizionale ad esser parte di un conflitto che si assume originato da una determinata disciplina processuale, presuppone – in ragione del carattere diffuso che connota il potere di cui l'organo medesimo è espressione – che esso sia attualmente investito del processo, in relazione al quale i singoli giudici si configurano come <<organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono>>, a' sensi dell'art. 37, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87"*.

Viene qui espresso un requisito che non compare affatto nei giudizi sull'ammissibilità dei conflitti promossi da altri poteri; un requisito in più insomma. Per questi ultimi, la Corte non richiede infatti l'esercizio concreto dell'attribuzione che si vuole difendere, ma ritiene necessario e sufficiente che si denunci la lesione di competenza operata da un altro potere dello Stato. Imporre invece che il giudice si trovi nell'esercizio "attuale" della funzione giurisdizionale implica che il conflitto si accompagni al requisito indefettibile dell'incidentalità⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Non sempre, peraltro, la Corte ha messo in luce questo profilo: le ordd. n. 244/1999, n. 340/1999 e n. 22/2000 (sulla quale ultima v. G. GEMMA, *Conflitti di attribuzione, giudici, organi di autogoverno delle magistrature*, in *Giur. cost.* 2000, 160 ss.), adottate in altrettanti conflitti sollevati dal Giudice di pace di Scandiano, non escludevano una difesa "statica" o "in astratto", e dichiaravano l'inammissibilità solo in quanto il giudice ricorrente agiva nella sua qualità di coordinatore dell'ufficio e non nell'esercizio di funzioni giurisdizionali. Sul punto cfr., ancora, F. BIONDI, *Le «regole diverse»*, cit., 1380 e nota 10. Aveva (già in precedenza) sostenuto che i giudici non potrebbero adire la Corte se non quando «il conflitto... ovunque originato, finisce direttamente o indirettamente per arrestare l'attività giurisdizionale concretamente in corso, imponendo al giudice, come unica ed estrema soluzione, di rivolgersi alla Corte», M. BIGNAMI, *Note intorno alla legittimazione attiva della magistratura nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.* 1995, 611. Così anche N. ZANON, *Giudici, legislatori e «volontà parlamentare» di fronte alla Corte costituzionale (in tema di conflitti di attribuzione tra poteri in via incidentale)*, in *Giur. cost.* 1992, 3292. Per un significativo (e storico) precedente in tal senso si v. l'ord. n. 87/1978, riguardante le competenze non giurisdizionali del Magistrato di sorveglianza (cfr. il commento di S. BARTOLE, *Attribuzioni ai giudici di funzioni non giurisdizionali e tutela della loro indipendenza*, in *Giur. cost.* 1978, 1204 ss.)

Quanto appena detto emerge assai chiaramente da un passaggio molto citato di una sentenza che potremmo dire “limitrofa” (sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo oggettivo) a quella decisa con l’ord. n. 144/2000, e dunque – proprio per questo – alquanto significativa. La pronuncia n. 144 riguardava un conflitto sollevato da un giudice nei confronti del Consiglio dei Ministri, e aveva ad oggetto una norma contenuta in un decreto legislativo; nella sent. n. 420/1995, invece, a fronte di un conflitto promosso dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli nei confronti dei Ministri dell’interno e di grazia e giustizia, a seguito dell’adozione di un regolamento riguardante l’istituto del programma di protezione a favore dei c.d. “collaboratori di giustizia” – ma le affermazioni della Corte, rivolgendosi all’intero *genus* dei conflitti su atto normativo, coprono anche i conflitti su atto legislativo, dichiarati ammissibili con la di poco precedente sent. n. 161/1995 – e a fronte delle contestazioni dell’esecutivo, secondo le quali nel caso non sussisteva un’oggettiva situazione di conflitto “*per carenza dei requisiti dell’attualità e della concretezza, in quanto non sarebbe sufficiente la semplice vigenza della norma regolamentare invasiva, essendo invece necessario che la stessa sia in concreto applicata da uno dei poteri in conflitto e che a tale applicazione si opponga il potere che si ritiene leso*”, la Corte replica che “*ai fini dell’ammissibilità dei conflitti di attribuzione quel che è richiesto è l’interesse ad agire, la cui sussistenza è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto gli indispensabili requisiti della concretezza e attualità*”. Dunque, la semplice “emanazione di un atto normativo quale quello in esame... in quanto preveda obblighi immediati e diretti a carico dei procuratori della Repubblica” integra “indubbiamente un comportamento idoneo a far insorgere nel ricorrente l’interesse all’eliminazione del pregiudizio che, a suo avviso, ne deriva alle proprie attribuzioni costituzionali... senza che occorra attendere il concreto esercizio delle medesime in relazione ad un caso specifico (quasi a voler applicare anche nei giudizi sui conflitti il requisito della <<rilevanza>> tipico dei giudizi incidentali), condizione non richiesta dall’ordinamento per l’insorgere di un conflitto di attribuzione” (13).

(13) Cfr. sent. n. 420/1995, punto 2.4 del *Considerato in diritto*. Sul tema si rinvia alle osservazioni già proposte in P. VERONESI, *Conflitti tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.* 1995, 3219 ss. e a G. L. CONTI, *L’interesse ad agire nei conflitti fra i poteri dello Stato*, in A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di S. PANIZZA, Torino 1997, 54 ss. Sui peculiari profili soggettivi della vicenda (con particolare riguardo alla partecipazione del Governo ai conflitti interorganici e al ruolo del p.m.) v. L. PESOLE, *Il Ministro dell’interno in un conflitto tra poteri: parte sostanziale o mero autore formale dell’atto?*, *ivi* 1995, 3204 ss. e P. OLIMPIERI, *Brevi note in tema di legittimazione al conflitto dei ministri e di principio di cooperazione fra poteri dello Stato*, *ivi* 1995, 3227 ss.

È chiaro che si applicassero le coordinate della sentenza n. 420/1995 al conflitto promosso dalle autorità giurisdizionali, il requisito dell'incidentalità – così come formalizzato nella ord. n. 144/2000 – non avrebbe potuto neppure concepirsi. In quest'ultima, come si è detto, si segue invece un ben diverso ordine di ragionamenti: perché si abbia un conflitto ammissibile promosso dai giudici nei confronti di un atto legislativo occorrerebbe l'incidentalità, la concretezza, in una parola: la pregiudizialità. In pratica una piana equiparazione – *contra* la sent. n. 420/1995 – tra conflitti e sindacato incidentale.

4. *Segue: le possibili ragioni delle "regole diverse"*

Probabilmente, ha ragione chi rintraccia i motivi di questo progressivo irrigidimento della Corte costituzionale nei confronti del potere giudiziario in una serie di pressanti esigenze. Innanzi tutto, si tratterebbe di mitigare la crescente conflittualità insorta tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato. Ciò non significa affatto che la responsabilità di un simile stato di cose sia di esclusivo appannaggio del giudiziario; è però chiaro che, mentre i conflitti promossi contro quest'ultimo trovano un solido argine nei limiti che la Corte incontra ogniqualvolta sindacava il "modo di esercizio" del potere in discussione, i contenziosi aperti dai giudici hanno una forza espansiva del tutto identica a quella posseduta dai conflitti "comuni".

Gli esempi di questa *escalation* non mancano, e sono alimentati anche da episodi che vanno al di là di singole vicende conflittuali in senso stretto⁽¹⁴⁾. Ne cito qui uno soltanto perché in sé davvero esemplificativo della "degenerazione dei costumi" in cui è piombato l'uso dello strumento conflittuale: si è dato il caso di un conflitto sollevato dal G.i.p. del Tribunale di Lecce avverso i provvedimenti del C.S.M. con cui lo stesso soggetto che ricopriva la carica di G.i.p. era stato assegnato alla funzione di giudice della prima sezione dello stesso Tribunale. Presupposto su cui si fondava l'intero ricorso era quello per cui il ricorrente agiva non a tutela della propria posizione giuridica in quanto tale, ma della propria attribuzione costituzionalmente garantita. La Corte decide quindi per l'inammissibilità, precisando (ma era proprio necessario scomodarla?) che "*nei confronti degli atti con i quali il C.S.M., nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli dall'art. 105 della Cost., dispone assunzioni,*

⁽¹⁴⁾ In questa prospettiva si colloca la serie reiterata di ricorsi che hanno avuto per protagonista la Pretura di Brescia (tra cui quello deciso con l'ord. n. 144/2000 cit.); i numerosissimi conflitti tra Parlamento e giudici *ex art. 68*, comma 1, Cost., nonché in ordine (anche qui, come si vedrà *infra* ai parr. 14 e 16, la casistica si sta impennando) al problema di bilanciare la necessità di adempiere il mandato parlamentare e la necessità di svolgere speditamente il processo che vede coinvolto un parlamentare, rendendo così effettiva la giurisdizione.

assegnazioni, trasferimenti e promozioni, i singoli magistrati che se ne assumano lesi non possono opporre la propria posizione di potere dello Stato, ma solo la propria qualità di persone, titolari di diritti e interessi legittimi che devono essere fatti valere dinanzi alle giurisdizioni comuni"⁽¹⁵⁾. Tanto per cambiare, un altro caso che, fino a poco tempo fa, si sarebbe detto "di scuola" quando non di fantasia.

Già da quest'ultimo episodio di litigiosità si ricava un altro motivo dello scrutinio stretto della Corte circa l'ammissibilità dei conflitti che hanno per parte il potere giudiziario: l'esigenza di tamponare gli effetti a catena che potrebbero derivare dalla scelta (ormai irreversibile) di configurare il potere giudiziario come un "potere diffuso". È, del resto, frequente affermazione della Corte quella di dovere compensare l'eccessivo proliferare di poteri dello Stato – peraltro da essa stessa fomentata – con un più rigoroso *self restraint* sul risolto oggettivo degli insorti conflitti⁽¹⁶⁾.

E forse esiste poi un'altra ragione sottesa al complessivo atteggiamento della Corte: evitare di essere letteralmente sommersa da richieste provenienti dal potere giudiziario; com'è infatti noto (anche all'ormai dimenticata Commissione Bicamerale), ampliare le richieste che gravano su un organo, costituisce un modo molto elegante (una sorta di "promozione-rimozione") per ridurre quello stesso organo all'immobilismo.

5. *Segue: alcuni corollari delle "regole diverse"*

Mi sembra, peraltro, che questo approdo produca alcune "schizofrenie" concettuali nella sistemazione teorica dei conflitti che hanno per parte il potere giurisdizionale. Provo a sintetizzarne talune.

Le "regole diverse" che caratterizzano la posizione soggettiva attiva dei giudici in conflitto (la necessaria concretezza e incidentalità) fanno a pugni con il massimo di astrattezza che – giustamente e doverosamente – colora i conflitti di cui essi incarnano il profilo soggettivo passivo. La Corte (da sempre) ripete infatti che si può proporre conflitto avverso un atto giurisdizionale quando si contesti la sua riconducibilità alla funzione giurisdizionale e non si richieda un mero riesame dello stesso (il che configurerebbe, in

⁽¹⁵⁾ Cfr. l'ord. n. 309/2001.

⁽¹⁶⁾ Un lampante esempio di quanto affermato nel testo si ha nella sent. n. 406/1989, in cui la Corte riafferma la "ragionevole esigenza di bilanciare la relativa latitudine della cerchia degli organi abilitati al conflitto tra poteri... con una più rigorosa delimitazione dell'ambito oggettivo del conflitto stesso". Sul punto si v. le osservazioni (critiche) di A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, in *Giur. cost.* 1989, II, 2180 ss.

sostanza, un ulteriore grado di giurisdizione)⁽¹⁷⁾. Poco importa che venga pressoché costantemente utilizzato, a questo scopo, un assai penetrante “sindacato di pertinenza”, ossia uno stringente controllo sull’*iter* logico praticato dal giudice⁽¹⁸⁾. È l’esito ultimo che qui interessa.

Ma esiste un altro rilievo: la “diversità” che caratterizza il potere giudiziario allorché esso indossa i panni dell’attore in conflitto contraddice le già accennate strategie decisorie che, in concreto, la Corte utilizza per risolvere i contenziosi in cui esso è parte passiva. Il suo sindacato sul “modo di esercizio” praticato in questi casi non si differenzia infatti – al di là delle affermazioni di principio – da quello messo in uso nei conflitti diversamente caratterizzati sul piano soggettivo⁽¹⁹⁾.

6. Segue: le “regole diverse” e i conflitti di attribuzione su atto legislativo

I più grossi inconvenienti si riscontrano peraltro nel calare le affermazioni rese dalla Corte nell’ord. n. 144/2000 sul piano della giurisprudenza sui conflitti da atto legislativo (in cui – sia detto niente affatto per inciso – la stessa decisione appena citata si colloca).

Ripropongo qui una (davvero) velocissima sintesi della giurisprudenza costituzionale in materia, la quale, peraltro, ha avuto il suo sviluppo pratico, in varie tappe, solo negli ultimi tredici anni.

La prima pronuncia ad affrontare il tema – fino ad allora “di scuola” – è stata la sent. n. 406/1989. La Corte vi afferma che, “*in linea di principio*”, il conflitto su atto legislativo non è ammissibile⁽²⁰⁾. Essa insomma elabora una valvola di sicurezza senza corredarla d’istruzioni per l’uso⁽²¹⁾. Dall’inciso appena citato – come subito evidenziato dalla dottrina – emergeva peraltro una concezione “residuale” del conflitto su atto legislativo, il quale si configu-

⁽¹⁷⁾ Da ultimo v. ad. es., molto chiaramente, la sent. n. 27/1999, sulla quale si tornerà *infra*.

⁽¹⁸⁾ Il tema sarà svolto *infra* par. 14.

⁽¹⁹⁾ A questo proposito rinvio alla sistematica dell’intero cap. II di P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. “Cattivo uso” del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 43 ss.

⁽²⁰⁾ La prevalente dottrina ha sin da subito criticato l’apparente (col senno di poi) chiusura della Corte circa la possibilità di impugnare in conflitto atti di natura legislativa: v., tra i tanti, S.M. CICONETTI, *L’esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato in una discutibile sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1989, I, 1869 ss.; P. CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria*, *ibidem*, 1875 ss.; A. PISANESCHI, *Conflitto di attribuzioni tra Corte dei conti, Parlamento e Governo*, in *Riv. Corte conti* 1990, III, 275 ss. e A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto*, cit., 2172 ss.

⁽²¹⁾ Come efficacemente ha scritto R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto» contro le leggi?*, in *Giur. cost.* 1999, 3919.

rava come uno strumento praticabile ogni qual volta non vi fossero altri mezzi disponibili.

Nella successiva sent. n. 161/1995 (nonché nell'ord. n. 480/1995) la Corte procede un poco oltre e fissa qualche requisito in più, attribuendo un senso alle scarse parole comprese nella sent. n. 406/1989. Rispetto alla particolarità del d.l. impugnato in conflitto – afferma la Corte – “*mal si attaglia*” la troppo netta affermazione del precedente di cui alla sent. n. 406.

L'eccezione è giustificata da una serie di puntuali considerazioni.

Innanzitutto, la natura provvisoria dell'atto-decreto legge, da cui consegue la sua possibile perdita di efficacia sin dall'inizio, non garantisce che esso non possa produrre mutamenti irreversibili della realtà oggettiva, non aggredibili dagli strumenti giuridici. A ciò si associa la necessità di “*unire all'immediatezza l'efficacia*” della reazione avverso decreti legge che incidano sulla “*materia costituzionale*”, determinino, nei confronti di soggetti privati, situazioni non più reversibili né sanabili, operino “*sul piano degli equilibri tra i poteri fondamentali*”. Senza contare poi la difficoltà di giudicare su tali fonti in via incidentale, vista l'ordinaria tempistica del giudizio della Corte, nonché quella di vigenza di un decreto legge⁽²²⁾.

Laddove si presentino questi requisiti – precisa poi, in conclusione (e quasi *de residuo*), la Corte – il conflitto può essere ammesso anche contro la legge o il decreto legislativo⁽²³⁾.

Dato il tenore degli argomenti, è stato possibile enucleare da queste pronunce una concezione diversa da quella della residualità: sembrerebbe infatti che la Corte accolga qui l'idea dell'ammissibilità dei conflitti su atto legislativo ove sussista l'“*urgenza di provvedere*”; e ciò allo scopo di ovviare ai gravi rischi verso cui si andrebbe, altrimenti, incontro⁽²⁴⁾. Non sfugge peraltro che la pronuncia n. 161 può essere ugualmente letta come una piana “*messa in funzione*” della “*valvola*” già predisposta nella sentenza n. 406⁽²⁵⁾.

Il punto di approdo è costituito dalla sent. n. 457/1999. In questo caso, la Corte “*spalanca le porte*” al conflitto da atto legislativo⁽²⁶⁾. In pratica, la sua precedente giurisprudenza in materia viene rivoltata come un guanto,

⁽²²⁾ In merito a queste affermazioni, calibrate sulla specifica fattispecie conflittuale decisa dalla Corte nella sentenza in commento, v. E. LAMARQUE, *Propaganda e pubblicità elettorale nella sentenza n. 161/1995 della Corte costituzionale*, in *Il dir. dell'inf. e dell'informatica* 1995, 853 ss.

⁽²³⁾ Cfr. la sent. n. 161/1995, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁽²⁴⁾ Sul punto v. P. VERONESI, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, in *Giur. cost.* 1995, 1376 e 1379 nonché A. PIZZORUSSO, *Commento alla sent. n. 161 del 1995*, in *Corr. giur.* 1995, 823 e (criticamente) S. NICCOLAI, *Alla guerra si va come alla guerra*, in *Giur. it.* 1996, I, 331 ss..

⁽²⁵⁾ Così R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto»*, cit., 3920.

⁽²⁶⁾ L'espressione è tratta dalla scheda riportata nel *Taccuino della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.* 2000, 159.

abbandonando sia la teoria della residualità (nel caso, esistevano rimedi alternativi al conflitto, nella disponibilità della Corte dei conti), sia la teoria dell'emergenza (nessuna delle condizioni straordinarie, previste nella sent. n. 161/1995, ricorrono nel caso di specie)⁽²⁷⁾. Insomma, il conflitto su atto legislativo non è più un'eccezione: la regola non recita più che le leggi non possono essere impugnate in conflitto, salvi i casi eccezionali in cui non vi sia altro strumento utile, bensì che si può sollevare conflitto su atto legislativo solo che questo presenti gli indispensabili requisiti soggettivi e oggettivi. Dunque, la natura dell'atto non sembra avere più che un rilievo meramente descrittivo.

Ebbene, anche in questa sentenza, di notevole apertura per la possibilità di impugnare atti legislativi in conflitto, è prevista un'eccezione che riguarda, per l'appunto, il potere giudiziario. Ribadisce infatti la Corte che *“deve escludersi, nella normalità dei casi, l'esperibilità del conflitto tutte le volte che la legge, dalla quale, in ipotesi, deriva la lesione della competenza, sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale, come accade di norma quando l'usurpazione o la menomazione del potere costituzionale riguardi l'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle sue funzioni”*⁽²⁸⁾. Essa

(27) La sent. n. 457 è stata dunque assai criticata da chi aveva sostenuto il precedente corso giurisprudenziale, fondato sull'idea di residualità: cfr. R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto»*, cit., *passim*. Collocano invece la sent. n. 457/1999 – sia pur con diversi accenti – ancora nell'ambito di una concezione residuale dei conflitti M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON - P. CARETTI - S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 365 ss.; G. D'ALESSANDRO, *Evoluzioni in tema di conflitti interorganici su atti legislativi*, in *Giur. it.* 2000, 1999 ss. ed E. FRONTONI, *Un'occasione mancata: la Corte decide, ma non risolve la difficile questione dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, in *Giur. it.* 2000, 2004 ss. Mettono in luce le significative discontinuità della sent. n. 457 rispetto alle pregresse pronunce della Corte in materia di conflitto da atto legislativo C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, in *Giur. cost.* 1999, 3927 s.; G. BRUNELLI, *Una riforma non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi*, *ivi*, 195 nota 178 e A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino 2001, 83 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

Le stesse considerazioni svolte nel testo valgono per la successiva ord. n. 23/2000 che ammette un nuovo conflitto su un decreto legislativo.

(28) Cfr. sent. n. 457/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*. Per conferme più recenti si v. le ordd. nn. 144/2000 già citata – che segue l'analoga ord. n. 398/1999 – e la n. 211/2000, quest'ultima relativa a un conflitto sollevato da un giudice avverso un decreto legislativo adottato senza rispettare i criteri e i limiti temporali della delega legislativa. In precedenza, si v. anche le ordd. nn. 278/1997 e 220/1998 indicate da M. PERINI, *I conflitti tra poteri dello Stato*, in AA.VV., *Profili di giustizia costituzionale dal giugno 1997 al giugno 1998 (Relazioni dei dottorandi)*, Dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela internazionale dei diritti (a.a. 1997-1998), Pisa 1998, 181 s.

insomma radicalmente esclude la possibilità della via incidentale ai conflitti su atto legislativo provenienti dal potere giurisdizionale. Ancora una volta, dunque, per i giudici vigono regole diverse da quelle previste per gli altri poteri dello Stato; anche quando allenta i “cordoni della borsa”, la Corte sembra non dimenticarsi questo imperativo. Insomma, la Corte recupera, con esclusivo riferimento all’A.G., una concezione “residuale” dei conflitti su atto legislativo⁽²⁹⁾.

7. *Un primo bilancio: i giudici nei conflitti su atto legislativo*

Proviamo a riordinare le osservazioni sin qui svolte. Dunque: i giudici possono sollevare conflitto solo in via incidentale (ord. n. 144/2000); la legge può (ormai pacificamente) costituire oggetto di un conflitto di attribuzioni; i giudici, però, non possono sollevare conflitto contro un atto legislativo laddove siano incardinati in un processo, dovendo sempre e comunque, in questi casi, impugnare la legge sotto forma di una *quaestio* di legittimità; né, peraltro, i giudici possono proporre un conflitto avverso un atto legislativo per la tutela di una loro competenza “staticamente” intesa (fermo restando che occorre precisare il concetto, nient’affatto cristallino, di competenza “statica”). *Ergo*: i giudici sono letteralmente sprovvisti della possibilità di impugnare la legge in conflitto⁽³⁰⁾.

8. *Segue: alcuni corollari poco nitidi. Le leggi interpretative abnormi*

Quali inconvenienti possono derivare da un tale stato di fatto? A me sembrano alquanto numerosi.

Un primo corollario concerne la possibilità, per i giudici, di reagire all’adozione di leggi interpretative abnormi. Attraverso il conflitto di attribuzioni sembra infatti più agevole colpire leggi di interpretazione autentica, ossia meglio argomentare circa il “cattivo uso” in concreto della funzione legislativa interpretativa (e non, come nel giudizio incidentale, sulla sua ammissibilità in astratto), e così smascherare – misurandosi con gli elementi

⁽²⁹⁾ Così R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto»*, cit., 3293 e C. DE FIORES, *La «tormentata» ascesa dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, cit., 3929.

⁽³⁰⁾ In altra prospettiva, e cioè con riguardo alla costituzione in giudizio della Camera nei conflitti su atto legislativo, ovvero diversamente caratterizzati, v. L. PESOLE, *La legittimazione al conflitto delle Camere*, in G. AZZARITI (a cura di), *Le Camere nei conflitti*, Torino 2002, 9 ss.

di fatto che incominciano il conflitto – il carattere provvedimentale e concretamente invasivo della legge in questione⁽³¹⁾.

Del resto, da tempo la dottrina ha evidenziato come le questioni di legittimità costituzionale su leggi interpretative siano in realtà conflitti di attribuzione camuffati⁽³²⁾.

In questi conflitti il giudice potrebbe inoltre costituirsi in giudizio e illustrare, in concreto, le sue ragioni.

9. *Segue: il recupero dell'idea di residualità dei conflitti su atto legislativo. Alcuni problemi e numerosi dubbi*

Le obiezioni all'orientamento della Corte riguardano, peraltro, l'idea stessa di residualità, recuperata, in questa sentenza, per i soli conflitti su atto legislativo promossi dai giudici.

Innanzitutto, il concetto di residualità appare, a ben vedere, eccessivamente indeterminato. Normalmente, si sostiene che il conflitto sarebbe residuale "laddove manchino altre risorse giurisdizionali". Ma quale significato attribuire a questa asserzione? Che il conflitto è attivabile quando non esistono altri rimedi diversi? Oppure quando sono stati già esperiti previamente tutti i rimedi previsti dall'ordinamento? O, ancora, quando è soltanto difficile attivare rimedi diversi? O quando non è possibile, nel caso specifico, adottare rimedi di altro tipo?⁽³³⁾

Peraltro, anche ad assumere la residualità nella sua accezione più rigorosa – ossia come sinonimo di inesistenza di altri rimedi giurisdizionali – non è affatto vero che per l'A.G. la via della questione di legittimità s'imponga sempre e comunque su quella del conflitto da atto legislativo. Il giudice, infatti, non ha la diretta disponibilità dell'impugnativa incidentale, che resta sempre subordinata all'iniziativa di altri soggetti – le parti – i quali soli pongono in essere le condizioni per l'attivazione del giudizio *a quo*⁽³⁴⁾.

Per ovviare all'inconveniente, si è sostenuto che il giudice potrebbe promuovere un conflitto avente ad oggetto non la legge bensì il regolamento che accede alla stessa (o il comportamento assunto in base ad essa). Ciò però

(31) V. la convincente ricostruzione di A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, cit., 77 ss. nonché ID., *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris* 1997, 77 ss.

(32) Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica (a proposito della «legge per Assisi»)*, in *Giur. cost.* 1974, 3488 nota 9 e A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, cit., 78.

(33) Una puntuale critica all'intrinseca indeterminatezza del concetto di residualità è in A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, cit., 86 ss., cui si rinvia altresì per i precisi e cospicui riferimenti bibliografici.

(34) A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, cit., 88 s.

sembra porsi in profonda antitesi rispetto al concetto di residualità: è infatti il conflitto avente ad oggetto la fonte secondaria (o il comportamento) ad essere privo di residualità rispetto al ricorso rivolto alla legge. Senza contare che questo stratagemma appare, all'evidenza, "una complicazione inutile" ⁽³⁵⁾.

L'idea di residualità conduce inoltre a un evidente paradosso: nel caso di una legge che spogli l'A.G. della sua competenza già incardinata, o che ostacoli la prosecuzione di processi pendenti, la promovibilità di un conflitto contro quella legge verrebbe precluso proprio ai giudici che, più di altri, subiscono l'interferenza nel concreto esercizio della funzione giurisdizionale, avendo essi la possibilità di sollevare la *quaestio* ⁽³⁶⁾.

10. *Segue: obiezioni all'idea dell'incidentalità*

Significative obiezioni possono peraltro proporsi anche avverso l'idea dell' "esercizio attuale" del potere, requisito essenziale – come si è visto *supra* – affinché i giudici possano sollevare conflitti ammissibili ⁽³⁷⁾.

Tale assunto apre infatti la questione di stabilire a chi spetti agire a tutela dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel caso in cui un altro potere dello Stato intenda vanificare una sentenza ormai definitiva (si pensi, ad esempio, a una delibera d'insindacabilità intervenuta a processo ormai concluso).

Rimane poi impregiudicato un problema: il giudice potrà mai difendersi da atti che incidono sul suo *status* e non attengono specificamente all'esercizio della funzione giurisdizionale? E che accade nei casi in cui sia la funzione giurisdizionale staticamente intesa – ossia indipendentemente dal suo esercizio – a subire una vera e propria interferenza (ad esempio: uso dell'azione disciplinare per colpire talune interpretazioni di legge; pesanti e reiterati attacchi provenienti dal Presidente della Repubblica e così via) ⁽³⁸⁾?

⁽³⁵⁾ Così V. ONIDA, *Legittimazione della Corte dei conti limitata «per parametro» e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.* 1991, 4171.

⁽³⁶⁾ P. VERONESI, *Conflitto o quaestio? I giudici e la legge che viola la loro competenza*, in *Giur. cost.* 1997, 2556.

⁽³⁷⁾ Le considerazioni che seguono sono tratte da F. BIONDI, *Le «regole diverse»*, cit., 1381 s.

⁽³⁸⁾ A favore della limitazione del conflitto da atto legislativo, nel senso della necessaria impugnazione in via incidentale di tutte le leggi che – a prescindere dal vizio denunciato – vengano in rilievo nel corso di un processo, è A. PISANESCHI, *Ancora a proposito del rapporto tra giudizio incidentale e conflitto di attribuzioni*, in *Giur. cost.* 1998, 1750 ss., il quale peraltro sostiene l'ammissibilità di conflitti siffatti laddove sia in gioco la funzione giurisdizionale e non la sorte di un singolo processo.

11. Il profilo soggettivo dei conflitti sulle leggi

Detto questo, occorre peraltro sottolineare che i conflitti su atti legislativi e normativi in genere sono decisamente cospicui. Non tutti giungono a una sentenza ma il dato statistico è comunque significativo⁽³⁹⁾.

E, dal punto di vista soggettivo, emerge un profilo assai interessante: la regola dell'ammissibilità di conflitti da atto legislativo, elaborata nella sent. n. 457, produce l'allargamento dell'ambito soggettivo delle liti di questo tipo certamente alla Camera e al Senato, ma probabilmente anche al Capo dello Stato, in quanto potere-organo che ha promulgato o emanato l'atto impugnato⁽⁴⁰⁾. Tale espansione del profilo soggettivo è peraltro una costante dei conflitti da atto legislativo: già la sent. n. 406/1989, per la prima volta, qualificava come poteri dello Stato gli organi ausiliari (nella specie, la Corte dei conti)⁽⁴¹⁾; la successiva sent. n. 161/1995 è stata poi letta come se costituisse la risoluzione di un conflitto il cui ricorrente andrebbe più esattamente identificato nell'intero corpo elettorale ovvero in un singolo elettore⁽⁴²⁾.

Più nello specifico, emerge da questi conflitti – soprattutto da quelli dell'ultimo periodo – la figura di un potere che appare particolarmente predisposto a impugnare in conflitto gli atti legislativi: la Corte dei conti, già protagonista della sent. n. 406/1989, la quale torna alla carica – tra l'altro – nella sent. 457/1999 e poi nella sent. n. 139/2001⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ V., ad esempio, in questi ultimi anni, la stessa sent. n. 457/1999; l'ord. n. 211/2000; la sent. n. 139/2001. La sent. n. 345/2001 decide invece un conflitto sollevato su un regolamento; l'ord. n. 112/2000, invece, un conflitto promosso avverso una circolare del Ministero delle finanze.

⁽⁴⁰⁾ Così G. M. SALERNO, *I profili soggettivi nei conflitti di attribuzione relativi alla par condicio*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano 1997, 24 ss. Sui conflitti (peraltro dichiarati inammissibili con le ordd. nn. 9 e 113/1997) che hanno, più di recente, coinvolto il Presidente della Repubblica dal lato passivo v. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999, 372 s.

⁽⁴¹⁾ Sul punto v. diffusamente A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto*, cit., 2174 ss. Con riguardo alla legittimazione al conflitto della Corte dei conti in sede di controllo (e alla relativa legittimazione processuale del suo Presidente) v. la sent. n. 302/1995, l'ord. n. 322/1999 e il commento di G. CARBONE, *Corte dei conti e conflitti di attribuzione in sede di controllo: solo il Presidente della Corte legittimato a proporli*, in *Giur. cost.* 1999, 2569 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. P. CARNEVALE, *Decreto legge all'origine di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato? Il sì della Corte costituzionale nella sent. n. 161 del 1995. Spunti di riflessione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, cit., 148 ss.

⁽⁴³⁾ Per una visione d'insieme degli ultimi conflitti che hanno avuto per protagonista la Corte dei conti, dei loro risvolti nonché dei possibili sviluppi ad essi sottesi cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, cit., 183 ss.

12. *La sent. n. 139/2001 e il caso dell'anatocismo: i conflitti su atto legislativo e la quaestio di legittimità*

Concentriamoci su quest'ultima decisione, poiché essa presenta più d'un motivo d'interesse. Il conflitto è, nella circostanza, sollevato dalla Corte dei conti, nei confronti del Governo, in relazione all'art. 3, comma 1, d. legisl. 30 luglio 1999, n. 286, emanato in base alla delega di cui alla l. n. 59/1997. Tale articolo abroga l'art. 8, l. n. 259/1958 – di attuazione dell'art. 100 Cost. – così sopprimendo la facoltà della Corte dei conti di formulare, in qualsiasi momento, in caso di accertata irregolarità nella gestione di un ente, e, comunque, quando ritenuto opportuno, i suoi rilievi al Ministro del tesoro e al Ministro competente.

La ricorrente denuncia il fatto che tale abrogazione avrebbe leso gli artt. 3, 41, 81, 97, 100 e 76 Cost. La Corte costituzionale, dal canto suo, dichiara ammissibile il ricorso sotto il profilo della violazione degli artt. 100, comma 2, e 76 Cost., ma non in base agli altri articoli. Alquanto significativa è la motivazione, poiché qui la Corte usa toni assai simili a quelli presenti nei conflitti promossi contro taluni atti giurisdizionali.

Le denunciate censure sono dichiarate inammissibili perché in esse si contesta la "violazione di norme diverse da quelle che definiscono l'ambito delle attribuzioni che la Costituzione riconosce alla Corte dei conti" e il giudizio sui conflitti è "finalizzato non al controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti con forza di legge ma alla tutela dell'integrità degli ambiti di competenza assegnati dalla Costituzione ai diversi poteri dello Stato" (interesse ad agire). Per questa parte, perciò, il ricorso si viene "a configurare come un anomalo mezzo di impugnazione diretta della legge" ⁽⁴⁴⁾. Una conferma di questa visuale si ha altresì nella sent. n. 363/2001, ove, in un conflitto promosso ex art. 68 Cost., la Corte afferma che "è... consolidato orientamento di questa Corte che la giurisdizione sui conflitti, essendo determinata in relazione alle competenze la cui integrità viene difesa dai soggetti confliggenti (sent. n. 457/1999), non dà adito ad un generale controllo di legittimità dell'atto invasivo, ma consente la sola disamina delle censure che configurano una diretta lesione di tali attribuzioni" ⁽⁴⁵⁾.

Insomma, come la Corte è costante nel temere che il conflitto su atti giurisdizionali possa configurarsi come un ulteriore grado di giurisdizione ⁽⁴⁶⁾, così essa intende evitare che il conflitto su atto legislativo possa effettivamente sganciarsi dal suo specifico (e dai suoi requisiti) divenendo

⁽⁴⁴⁾ Sent. n. 139/2001, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁽⁴⁵⁾ Sent. n. 363/2001, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁽⁴⁶⁾ Da ultimo, si v. l'ord. n. 359/1999 e l'ord. n. 101/2001, in cui la Corte a chiare lettere precisa che il conflitto non può essere usato come uno "strumento generale di tutela dei diritti costituzionali, ulteriore a quelli giurisdizionali".

un succedaneo puro e semplice della *quaestio*. Il passaggio testualmente riportato della sent. n. 139 è altresì interessante perché, in esso, la Corte, di fatto, precisa e restringe la portata della sent. n. 457/1999. L'eccezione – non detta – è però ancora una volta il conflitto sollevato dai giudici avverso una legge che incida sugli “ambiti di competenza” ad essi “assegnati dalla Costituzione”. In questo caso, il giudice deve usare uno strumento non appropriato: il giudizio incidentale e non il conflitto.

E che quest'ultimo strumento non sia sempre appropriato lo si ricava, *per incidens*, dalla recente vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto i c.d. interessi anatocistici. Nel caso, il Tribunale di Brindisi, con ord. 8 novembre 1999⁽⁴⁷⁾, solleva, *contestualmente*, una questione di legittimità costituzionale e un conflitto. E lo fa perché visibilmente intende denunciare due diversi vizi, per ciascuno dei quali ritiene opportuna una diversa sede di giudizio: da un lato, solleva questione di legittimità dell'art. 25, comma 3, d. legisl. n. 342/1999, in riferimento agli artt. 3, 24, 47, 76, 101, 102 e 104 Cost.; dall'altro, solleva conflitto tra poteri onde accertare se il Governo, con l'emanazione dell'art. 25, comma 3, d. legisl. n. 342, abbia esercitato attribuzioni di natura giurisdizionale che sono riservate, in via esclusiva, al potere giudiziario. In pratica, con la norma impugnata – sostiene il ricorrente – il Governo avrebbe ecceduto dai limiti della delega, e con un atto legislativo avente la sostanza (anche se non la forma) di un provvedimento, si sarebbe sostituito alla funzione giurisdizionale nel dirimere il contenzioso in atto tra banche e clienti. Esempio lampante, quest'ultimo, di come si possa denunciare la stessa norma, nello stesso giudizio e dallo stesso giudice, avendo di mira diversi vizi, meglio evidenziabili e giudicabili facendo perno sulle diverse competenze della Corte costituzionale (*quaestio* e conflitto). Nel caso, il conflitto è poi risolto, con le consuete argomentazioni, nell'ord. n. 211/2000; la *quaestio*, invece, con la sent. n. 425/2000.

13. *Esistono poteri “a tempo”?*

Abbiamo già accennato al tema dell'interesse ad agire nei conflitti; requisito essenziale affinché questi ultimi non diventino un duplicato della questione di legittimità o addirittura si sostituiscano a un grado della giurisdizione.

Si è altresì visto che l'interesse ad agire va nettamente distinto dalla rilevanza e che ciò comporta delle ricadute in ordine al “tempo” dei conflitti, ossia al momento in cui il ricorso può essere presentato⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ In *F. it.* 2000, I, 453.

⁽⁴⁸⁾ V. *supra* par. 3 quanto ribadito a proposito della sent. n. 420/1995.

Un caso particolare investe, a tale proposito, il Comitato promotore di referendum, in quanto soggetto esterno allo Stato apparato, abilitato a sollevare conflitti di attribuzione tra poteri (più precisamente, come da sempre affermato nella giurisprudenza costituzionale, il potere, nel caso, s'incardina negli elettori, in numero non inferiore a 500 mila, sottoscrittori della richiesta di *referendum*, dei quali i promotori sono competenti a dichiarare la volontà in sede di conflitto) ⁽⁴⁹⁾. La Corte ha infatti inizialmente precisato che tra le particolarità di queste figure vi è anche quella di possedere una durata circoscritta (ossia una vita, tutto sommato, breve), la quale impedisce il sorgere di un interesse ad agire pur provocato da atti concludenti successivi al suo svaporare.

La Corte si è occupata della materia con l'ord. n. 9/1997, in cui ha affermato l'inammissibilità dei conflitti sollevati dal Comitato promotore dopo la già avvenuta convocazione referendaria. Nel caso, era impugnata la l. n. 27/1997 (sul finanziamento pubblico ai partiti) la quale – secondo i promotori del referendum che, nell'aprile 1993, aveva abrogato la precedente legge in materia – avrebbe, nella sostanza, reintrodotto il finanziamento pubblico, vanificando l'esito referendario ⁽⁵⁰⁾.

Un brusco cambiamento di rotta si ha già con la sent. 49/1998, la quale, oltre a inserire la Commissione Parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi tra i possibili soggetti di conflitto ⁽⁵¹⁾ – nel caso, era contestata la legittimità delle determinazioni da questa assunte in materia di accesso alle trasmissioni di propaganda referendaria della RAI – ha altresì precisato: *“l'affermazione che una sentenza di questa Corte che*

⁽⁴⁹⁾ Come è stato precisato sin dalle notissime ord. n. 17/1978 e sent. n. 69/1978. Sul punto v. F. CERRONE, *Ufficio centrale, comitato promotore e concentrazione dei quesiti referendari*, in *Referendum*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bari 1992, 127 nonché P. OLIMPIERI, *Referendum, Comitato promotore e poteri dello Stato nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti di attribuzione (con particolare riguardo alla sentenza n. 49 del 1998)*, in *Giur. cost.* 1998, 1369 ss.

⁽⁵⁰⁾ Sullo specifico punto v. R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.* 1997, 48 ss.; P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, *ibidem*, 55 ss. e G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ibidem*, 62 ss.

⁽⁵¹⁾ È questo il primo caso in cui un organo parlamentare non previsto in Costituzione (bensì nella sola legge ordinaria) viene legittimato a partecipare a un conflitto. Ciò peraltro non pone particolari problemi ricostruttivi in quanto può certamente darsi che “la parte processuale del conflitto” possa “ben trovare fondamento in norme di livello subcostituzionale”; nel caso specifico si ha “una articolazione del potere parlamentare... creata dalla legge quale organo «necessariamente interposto» ad esso, sia pur in virtù di norme di grado legislativo, nell'esercizio di competenze costituzionalmente rilevanti e garantite”. Così P. OLIMPIERI, *Referendum, Comitato promotore e poteri dello Stato nella più recente giurisprudenza*, cit., 1359.

accertasse la violazione... sarebbe inidonea a produrre effetti sul procedimento di referendum già concluso non può, nella sua assolutezza, essere condivisa, essendo in linea teorica valutabile l'incidenza dell'accertata menomazione sull'esito del referendum. Né varrebbe disquisire intorno all'esaurimento degli effetti dell'atto impugnato, poiché, come già a suo tempo osservato in altra occasione, residuerebbe comunque <<l'interesse del ricorrente ad ottenere quella decisione sulla spettanza delle attribuzioni in contestazione che rappresenta — specialmente nei conflitti tra poteri dello Stato — l'oggetto principale del giudizio di questa Corte, in base all'art. 38 della legge n. 87 del 1953>>”⁽⁵²⁾. Dunque, il Comitato promotore (e i sottoscrittori) possono vivere la loro natura di poteri ben oltre lo svolgimento della consultazione referendaria, venendo così meno quella loro peculiare caducità che ne sembrava caratterizzare la fisionomia. Unico criterio operativo che consentirà di valutare se il conflitto promosso da questi soggetti sia (o meno) ammissibile è, ancora una volta, l'interesse ad agire, ossia un profilo che, in linea con quanto già affermato, è a stretto contatto con i risvolti oggettivi del conflitto⁽⁵³⁾.

14. La centralità del “sindacato di pertinenza”

Un altro piano del discorso sull'oggetto dei conflitti – e sul modo in cui la Corte imposta il proprio sindacato sullo stesso – non può prescindere dalla definizione del “sindacato di pertinenza”⁽⁵⁴⁾.

Già ho accennato a un dato che mi sembra chiaro: nella più parte dei conflitti – anche quelli che coinvolgono il potere giudiziario dal lato passivo – la Corte non lesina uno stringente sindacato sul modo di esercizio del potere, ossia sull'iter logico seguito dal soggetto nell'adozione dell'atto o del comportamento lesivo. Non si sottrae a ciò perché non lo può fare, pena l'impossibilità di adempiere alla funzione cui è chiamata: è attraverso questo controllo che la Corte può, ad esempio, verificare se un atto del potere giudiziario rientri effettivamente tra quelli nominati e adottabili da quest'ultimo, ovvero si configuri come “abnorme”, in quanto non in linea con i presupposti giustificativi previsti dall'ordinamento. Questo non è un sindacato di stretto merito (ossia una sorta di ulteriore grado d'appello): il riesame svolto dalla Corte serve appunto a stabilire se effettivamente quel particolare

⁽⁵²⁾ Cfr. la sent. n. 49/1998, punto 3 del *Considerato in diritto*. Analoghe affermazioni si ritrovano poi nella sent. n. 502/2000, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁽⁵³⁾ V. *supra* par. 2.

⁽⁵⁴⁾ La prassi e la fisionomia del “sindacato di pertinenza” sono state analiticamente descritte in P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 105 ss.

atto, dotato di quello specifico contenuto, poteva essere adottato dal potere giudiziario in base all'ordinamento, non indicare le soluzioni di merito altrimenti possibili nel caso⁽⁵⁵⁾.

Del resto, è stata la Corte stessa ad affermare che *“le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole o gli interessi che devono essere assunti come parametro sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione”*⁽⁵⁶⁾. La stessa Corte è insomma consapevole – e lo mette bene in luce – delle somiglianze tra questi due controlli (somiglianze che, spesso, confondono anche la dottrina) ma anche delle loro differenze.

Gli esempi di un simile percorso decisorio sono molteplici. Se ne indicano di seguito solo alcuni dei più recenti ed eclatanti.

Un (altro) poderoso *revirement* che ha coinvolto il Comitato promotore di referendum si è manifestato nella sent. n. 102/1997, non a caso da taluno definita una *“decisione storica”*⁽⁵⁷⁾. Fino a quel momento la Corte si era ostinata a manifestare un rigoroso *self restraint* nei conflitti promossi contro le decisioni dell'Ufficio centrale. Contraddicendo la stessa portata della sent. n. 68/1978, in cui indicava i requisiti per cui si può effettivamente dire abrogata, a seguito di un intervento legislativo, la disciplina sulla quale si propone referendum (*“contenuti normativi essenziali”* e *“principi ispiratori”*), la Corte si era poi, in una serie di decisioni, rifiutata di verificare se il Comitato avesse o meno operato in modo consono, affermando la propria

⁽⁵⁵⁾ A tal proposito, sempre valide (ed efficaci) rimangono le osservazioni di M. MANETTI, *Abuso del potere interpretativo da parte del giudice e del legislatore: un'occasione mancata per un conflitto di attribuzione*, in *Giur. cost.* 1984, 2342 ss., la quale non accetta l'equiparazione tra i giudizi sulle sentenze in sede di conflitto e i giudizi d'appello in senso stretto, in quanto giudicare una sentenza per i suoi effetti invasivi non equivale a *“ripetere il giudizio in essa contenuto”*. Si v. inoltre M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino 2002, 43, che ricostruisce questa tipologia di sindacato svolto dalla Corte alla luce della sua finalità: *“l'attività interpretativa contenuta nell'atto impugnato è... trattata al pari di un mero fatto, necessario per accertare la volontà, e, dunque, il tipo di potere manifestato dal giudice”*.

⁽⁵⁶⁾ Così nella sent. n. 1130/1988. Proprio a partire dalle affermazioni riportate nel testo, R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1993, 545 ss., s'interroga circa la necessità di delimitare la sfera d'azione dei giudici, compresa la stessa Corte costituzionale.

⁽⁵⁷⁾ Così (giustamente) E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, cit., 378. Mette bene in luce le peculiarità della sent. n. 102/1997, R. PINARDI, *Sul ruolo della Corte costituzionale come giudice dei conflitti di attribuzione in materia referendaria: la sent. n. 102 del 1997 come espressione contraddittoria di due diverse tendenze*, in *Giur. cost.* 1997, 1010 ss. e spec. 1013 ss.

inidoneità a controllarne il puntuale rispetto. In pratica, essa aveva escluso di poter sindacare l'iter logico seguito dall'Ufficio nelle sue pronunce (*contra* – come si è detto – la sua stessa giurisprudenza in materia di conflitti da atto giurisdizionale)⁽⁵⁸⁾.

Il cambio di prospettiva avviene, appunto, a seguito della sent. n. 102/1997: a fronte del ricorso proposto dal Comitato promotore del referendum per l'abrogazione della legge istitutiva dell'Enel, la Corte accerta “*la correttezza... piena sotto ogni profilo*” dell'operato dell'Ufficio centrale⁽⁵⁹⁾. Per evidenziare ciò, essa è costretta, nel caso, a “*verificare che l'Ufficio centrale abbia esattamente individuato il momento in cui sia avvenuta l'abrogazione della norma oggetto del quesito referendario*”; la Corte afferma poi che questi suoi controlli sulle attività dell'Ufficio centrale vanno compiuti “*tutte le volte che dalla denunziata erroneità del relativo giudizio possa, in tesi, conseguire una menomazione della sfera di attribuzioni dei promotori del referendum*”⁽⁶⁰⁾. In altre parole, la Corte ammette qui tutto ciò che aveva sempre escluso: la possibilità di sindacare la “*pertinenza*” delle valutazioni compiute dall'Ufficio centrale, così eliminando quella che appariva una vistosa incongruenza della sua prassi.

Un'altra, significativa esplicazione del “*sindacato di pertinenza*” emerge dalla sent. n. 121/1999 sul c.d. “*caso Di Bella*”⁽⁶¹⁾: nella vicenda, il Presidente del Consiglio impugna in conflitto la consulenza tecnica con la quale il Pretore di Maglie intendeva acquisire “*dati certi*” sull'efficacia del c.d. “*Multitattamento Di Bella*”. La Corte ricostruisce l'esatta portata dell'atto impugnato, evidenziando il suo mancato riferimento alle specifiche patologie tumorali dei ricorrenti nel processo e la sua finalità di riesame di tutti i casi vagliati non solo nel corso della sperimentazione ufficiale, bensì anche al di fuori di essa. Da ciò evince “*l'esercizio abnorme del potere giurisdizionale*”, in quanto il Pretore avrebbe utilizzato “*a fini del tutto impropri, un istituto del processo in modo da farlo risultare obiettivamente in concorrenza con la complessa procedura di sperimentazione prevista*” dal Ministero⁽⁶²⁾. Un episodio emblematico, insomma, del grado di penetrazione necessario alla Corte per comprendere appieno l'effettiva portata (e, quindi, l'identità profonda) degli atti giurisdizionali impugnati in conflitto.

⁽⁵⁸⁾ A tal proposito si v. la dettagliata ricostruzione di R. PINARDI, *L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Milano 2000, 446 ss.

⁽⁵⁹⁾ V. il punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. il punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁽⁶¹⁾ Su tale episodio v. M. GIANNUZZI, *Il «Multitattamento Di Bella» tra sperimentazione ufficiale e tutela giurisdizionale del diritto alla salute*, in *Riv. amm.* 2000, 306 ss.

⁽⁶²⁾ V. i punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*.

Una vicenda sulla quale sarà opportuno tornare, pur dopo le osservazioni che si svolgeranno qui di seguito, è quella che è stata ormai icasticamente definita “caso Previti” (sent. n. 225/2001). Si è qui in presenza di un peculiare conflitto tra Parlamento e giudici che non poggia, come avviene spesso, sull’art. 68 Cost.; la Camera dei deputati presenta infatti ricorso contro il Gip-Gup di Milano, chiedendo alla Corte di “dichiarare che non spetta a quel giudice stabilire che non costituisce impedimento assoluto alla comparizione del deputato alle udienze penali il diritto-dovere di assolvere il mandato parlamentare attraverso la partecipazione a votazioni in assemblea”⁽⁶³⁾. Nella sentenza che chiude la vicenda qualcuno ha frettolosamente individuato una presunta censura della Corte degli *errores in iudicando* compiuti dal giudice Rossato. Ciò, peraltro, non sembra esatto. La Corte sindaca invece il corretto esercizio del potere spettante, nel caso, all’autorità giudiziaria. Al giudice di Milano – fattispecie alla mano e sotto agli occhi – la Corte contesta di essersi limitato a “disconoscere in senso assoluto la rilevanza dell’impedimento in questione, per invocare esclusivamente l’interesse del procedimento giudiziario”, così contraddicendo alle premesse da egli stesso poste circa la parità di rango costituzionale degli interessi confliggenti, nonché mutando radicalmente indirizzo rispetto alla sua stessa condotta precedente (dato che più volte, in passato, aveva disposto il rinvio dell’udienza, chiesto per impedimento parlamentare dell’imputato), e di avere replicato questo suo atteggiamento in una serie di udienze e di istanze successive senza adeguatamente motivare (segno evidente che “le sue decisioni non si sono sostanziate in un apprezzamento specifico della situazione”)⁽⁶⁴⁾.

Si tratta di riscontri assai puntuali che la Corte può svolgere solo dopo avere scandagliato con attenzione i comportamenti e gli atti adottati dal giudice. Solo dopo tali verifiche la Corte è in grado di appurare se davvero si è posta in essere una menomazione costituzionalmente rilevante. Del resto, nel caso di specie non poteva neppure ipotizzarsi che la Corte si trasformasse in

⁽⁶³⁾ Nel caso – come si è visto *supra* par. 2, nota 5 – non si è ammesso il conflitto sollevato dal singolo parlamentare (ord. n. 101/2000) mentre è stato ammesso il conflitto promosso dalla Camera (ord. n. 102/2000).

⁽⁶⁴⁾ Illustra bene questo aspetto G. BRUNELLI, «Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto), in *Giur. cost.* 2001, 2015. Sostengono invece la tesi secondo la quale i ricorsi del tipo di quello ora in esame conterrebbero la richiesta di un vero e proprio riesame degli *errores in iudicando* compiuti dai giudici – e sarebbero perciò inammissibili – A. ANZON, *Ragioni di inammissibilità dei conflitti di attribuzione del “caso Previti”, in Il caso Previti*, cit., 29 s.; R. ROMBOLI, *Tre ricorsi inammissibili*, *ivi*, 186 ss.; T. GIUPPONI, *I “legittimi impedimenti” del parlamentare imputato, tra leale collaborazione e deroghe allo Stato di diritto*, in *Forum on line di Quaderni costituzionali* (www.mulino.it/html/riviste/quaderni_costituzionali); A. MORRONE, *Il “privilegio” dell’imputato parlamentare*, *ivi*; M. A. CABIDDU, «Ceci n’est pas l’arret Previti», o del surrealismo costituzionale, in *Giur. cost.* 2001, 2010. Dubbiosa L. PESOLE, *I giudici ordinari e gli altri poteri*, cit., 362 s.

un giudice dell'impugnazione: la Camera, infatti, non era né poteva essere parte nel giudizio dal quale ha originato il conflitto⁽⁶⁵⁾.

Anche nelle sentt. n. 110 e n. 410/1998, in materia di segreto di Stato, la decisione della Corte prende spunto da un'attenta ricostruzione dei fatti di causa, dei comportamenti e degli atti adottati dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, dalla circostanza che l'azione penale è stata esercitata utilizzando "in via diretta o indiretta" [ma per verificarlo occorre – com'è stato – che essa abbia compiuto un serio accertamento sul punto⁽⁶⁶⁾] atti e documenti coperti dal segreto⁽⁶⁷⁾. Molto chiara la sent. n. 410: "Dall'esame della seconda richiesta di rinvio a giudizio... impugnata dal ricorrente, risulta che la Procura di Bologna ha nuovamente esercitato l'azione penale senza indicare differenti elementi indizianti, indipendenti dagli atti e documenti già in suo possesso, e senza che essa si basi su altri ed autonomi atti di indagine, legittimamente diretti ad acquisire tali nuovi elementi"⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. G. BRUNELLI, «Caso Previti»: ultimo atto, cit., 2015 s.

La vicenda "Previti" – com'era del resto intuibile – ha immediatamente generato dei "replicanti". Si fa riferimento al "caso Maticena" (ord. n. 178/2001) e, ora, all'ord. n. 126/2002 ("caso Cito"). Quest'ultima pronuncia dichiara l'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito (1) dell'ordinanza del Tribunale di Taranto, sezione I penale, del 18 febbraio 1998, emessa in un procedimento penale a carico dell'on. Giancarlo Cito, con la quale è stata rigettata una istanza di rinvio di udienza dibattimentale, non considerando impedimento assoluto il diritto-dovere del deputato di assolvere il mandato parlamentare attraverso la partecipazione a votazioni in Assemblea; (2) della sentenza del Tribunale di Taranto 18 febbraio – 13 marzo 1998, n. 202/1998, che ha definito il procedimento stesso, nonché (3) delle sentenze n. 85/2000 del 21 ottobre 1999 – 10 marzo 2000 della Corte d'Appello di Lecce, sezione distaccata di Taranto, e n. 390/2001 del 15 febbraio – 19 marzo 2001 della Corte di cassazione, sezione V penale, che hanno confermato la decisione sul rigetto della istanza predetta, promosso della Camera dei deputati, con ricorso depositato il 25 maggio 2001. Una peculiarità dell'ultimo contenzioso citato balza immediatamente agli occhi. Mentre nei casi Previti e Maticena il conflitto è promosso dalla Camera avverso – nell'ordine – una serie di ordinanze del Gip-Gup presso il Tribunale di Milano e l'ord. della Corte d'assise di primo grado di Reggio Calabria, nella vicenda che ha come protagonista il deputato Cito il ricorso dell'organo parlamentare viene presentato quando la sentenza di condanna per diffamazione è ormai passata in giudicato. Sull'ord. n. 126 v. ora P. VERONESI, *Il "caso Cito": funzione parlamentare e giurisdizione (ancora) in conflitto*, in *Giur. cost.* 2002, 985 ss.

⁽⁶⁶⁾ Che la soluzione di conflitti aventi ad oggetto il segreto di Stato non possano risolversi senza un sindacato "che rasenti il merito" venne acutamente affermato da A. M. SANDULLI, *Note minime in tema di segreto di Stato*, in *Giur. cost.* 1977, I, 1202.

⁽⁶⁷⁾ La vicenda di cui si scrive nel testo ha dato luogo a un vero e proprio "braccio di ferro" tra magistrati bolognesi e Governo, il quale, formalizzato nelle sentt. nn. 110 e 410/1998, ha avuto un seguito nella sent. n. 487/2000 e nell'ord. n. 344/2000. Per un quadro d'insieme della vicenda cfr. T. F. GIUPPONI, *Ancora un conflitto in materia di segreto di Stato: i magistrati di Bologna «impugnano» e il parametro costituzionale «scivola»*, in *Giur. it.* 2001, 1217 ss.

⁽⁶⁸⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

Un altro lampante precipitato del sindacato di pertinenza si ricava dalla sent. n. 511/2000. Si è qui in presenza di un conflitto sollevato nei confronti di un Procuratore della Repubblica su ricorso della Provincia autonoma di Bolzano. La Corte esamina, con estrema attenzione, gli atti impugnati (nonché legati all'esercizio dell'azione penale) e addirittura giunge ad annullarne gli effetti con riguardo a specifici periodi temporali in riferimento ai quali il Procuratore della Repubblica stava (per la Corte, impropriamente) raccogliendo notizie slegate dalla specifica azione penale in corso⁽⁶⁹⁾.

Gli esempi fin qui descritti coinvolgono poteri di diversa natura e, quindi, non solo il potere giudiziario. In tale ultimo caso la Corte è peraltro consapevole di doversi muovere con estrema circospezione, e traccia i limiti entro cui può esplicarsi il suo controllo nei conflitti su atto giurisdizionale. Il confine della sua sfera d'azione è il consueto; quello, cioè, che essa ha già individuato – e continuamente ribadito – sin dai primordi del suo coinvolgimento in conflitti di tal tipo: *“Atti di giurisdizione, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, possono essere a base di conflitto di attribuzione tra Regioni e Stato, oltre che tra poteri dello Stato, purché il conflitto medesimo non si risolva in mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale (sentenze nn. 289 del 1974, 98 e 183 del 1981, 70 del 1985, 285 del 1990, 99 e 175 del 1991, 357 del 1996). Contro gli errori in iudicando di diritto sostanziale o processuale, infatti, valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni; non vale il conflitto di attribuzione. A ritenere diversamente, il giudizio presso la Corte costituzionale si trasformerebbe inammissibilmente in un nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale”* (70).

(69) Alquanto dettagliata la motivazione della sent. n. 511 sul punto: “L'accadimento che forma oggetto del procedimento penale – l'incidente che ha causato la perdita della vita di una bimba che usufruiva del servizio di trasporto – è occorso il 30 aprile 1998. Gli atti che sono all'origine del presente giudizio sono, l'uno, del 10 novembre e, l'altro, del 1° dicembre del medesimo anno. I documenti e le notizie che il Sostituto Procuratore ha inteso, con essi, acquisire riguardano non solo il periodo di tempo anteriore al 30 aprile ma anche il periodo successivo, fino alla data di emissione degli atti in questione. La lettera del 10 novembre 1998 fa riferimento a lamentele, segnalazioni, denunce, suggerimenti pervenuti «negli ultimi quattro anni» alla Provincia; a sua volta, il decreto del 1° dicembre 1998 riguarda documenti dell'amministrazione provinciale relativi al periodo «dal 1994 ad oggi». Da ciò si deduce che, per questa parte, in assenza di qualsiasi ragione che li giustifichi, gli atti impugnati non risultano derivare da concrete esigenze di indagine e si configurano obiettivamente come espressione di un'implicita pretesa alla generalizzata e astratta revisione dell'attività dell'amministrazione, al fine di un esercizio solo ipotetico dell'azione penale (v., per analoghi rilievi, la sentenza n. 104 del 1989). Sotto questo aspetto è dato effettivamente rilevare negli atti del Sostituto Procuratore un'oggettiva pretesa nei confronti della Provincia che non trova giustificazione nella posizione dell'autorità giudiziaria e nei poteri che le spettano” (punto 4 del *Considerato in diritto*).

(70) Da ultimo v., ad esempio, la sent. n. 27/1999, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

15. I conflitti e la "leale collaborazione"

Il sindacato sull'*iter* logico battuto dai resistenti (e denunciato in conflitto) si correda poi di tutta una serie di "figure sintomatiche", le quali chiaramente si rifanno a particolari e collaudate strategie decisorie praticate dalla Corte in vari luoghi della sua giurisprudenza. Tra queste assume particolare rilievo la "leale collaborazione" o "cooperazione" tra i poteri, assunta come criterio di giudizio in una serie assai rilevante di conflitti⁽⁷¹⁾. Tale circostanza non stupisce perché la "leale collaborazione" è connaturata al conflitto da menomazione o interferenza; prova ne sia la definizione del principio, estraibile da una serie di pronunce costituzionali; così, per esempio, nella già citata sent. n. 110/1998, in cui si legge che i rapporti tra i poteri devono ispirarsi "a correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti"⁽⁷²⁾. Altra prova risiede nel fatto che il giudizio sulla leale collaborazione non può prescindere dal caso concreto, dal sensibile comportamento delle parti nella specifica vicenda, proprio come è essenziale nei conflitti, e di quelli da menomazione in particolare⁽⁷³⁾. Ecco perché la Corte giudica dell'assetto delle competenze come si è consolidato in concreto, anche quando, per individuare questo, occorre rifarsi alle discipline legislative in vigore (o addirittura alle prassi), quasi (apparentemente) distaccandosi dalla dimensione costituzionale del contenzioso⁽⁷⁴⁾.

(71) Si v. l'analisi di G.L. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino 2000, 228 ss.

(72) Punto 7 del *Considerato in diritto*.

(73) Sulla naturale connessione tra il principio di leale collaborazione e il conflitto tra poteri, nonché sull'esigenza che il giudizio introdotto dal principio in oggetto si svolga "in relazione al caso concreto" v. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. cost.* 2001, 6 ss. e 8 ss.

(74) Un lampante esempio di un simile modo di procedere si riscontra nella sent. n. 7/1996, in cui la Corte ricostruisce – in un passaggio assai citato – l'istituto della "sfiducia individuale" rifacendosi alla disciplina contenuta nei regolamenti parlamentari nonché precisando che "a disegnare il modello di rapporti... indicato concorrono anche le fonti integrative del testo costituzionale. A questo proposito non vengono qui in considerazione tanto le convenzioni parlamentari, che il ricorrente definisce figure non consolidate, quanto piuttosto i regolamenti parlamentari e le prassi applicative, che, nel caso in esame, rappresentano l'inveramento storico di principi contenuti nello schema definito dagli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione. In tal senso, e al fine di assicurare alla sfiducia individuale le stesse garanzie procedurali previste dalla Costituzione in via generale per la mozione di sfiducia, va considerata la modifica apportata, nel 1986, dalla Camera dei deputati al proprio regolamento (art. 115), con la quale si è disposto che «alle mozioni con le quali si richiedono le dimissioni di un ministro», si applica la stessa disciplina della mozione di sfiducia al Governo. Quanto al Senato della Repubblica, non si rinviene analoga disposizione nel relativo regolamento, ma gli atti parlamentari testimoniano, nella prassi, il tutt'altro che isolato ricorso al medesimo istituto, con il supporto di conformi pareri della Giunta per il regolamento. A questi elementi – quando siano in armonia con il sistema costituzio-

Seguendo quel che i matematici definiscono il “ragionamento per assurdo”, una precisa conferma del rilievo assunto dalla “leale collaborazione” si evince – a contrario – da una vicenda conflittuale in cui la Corte ha (appunto) evitato di applicare questo criterio di giudizio. Si tratta della fattispecie decisa con la sent. n. 309/2000, ossia di un conflitto tra poteri promosso dalla Procura della Repubblica presso la Pretura di Bolzano e la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il caso è interessante anche perché formalizza un conflitto promosso da un p.m. senza che fosse in gioco, come è sempre sembrato naturale – e come già si è verificato nella pratica⁽⁷⁵⁾ – l’art. 112 Cost. Nel caso, la Presidenza del Consiglio non si era costituita in un conflitto intersoggettivo sollevato (ancora) dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti di due atti adottati dal p.m. in un procedimento penale instaurato nei confronti di funzionari della stessa Provincia. Il Sostituto procuratore promuove quindi conflitto avverso il Presidente del Consiglio in relazione a tale mancata costituzione “*senza che sia previamente intervenuta un’intesa o sia stato comunque richiesto un parere al p.m. i cui atti sono stati impugnati dalla Provincia autonoma di Bolzano*”. Siamo insomma al cospetto di un tipico conflitto da atto omissivo; esso inoltre concreta – per la prima volta – una delle ipotesi formulate dalla dottrina per ovviare alla circostanza che, nei conflitti intersoggettivi, per lo Stato è sempre e solo legittimato a intervenire il Presidente del Consiglio dei Ministri, anche quando siano in discussione atti provenienti da organi dello Stato che godono, secondo Costituzione, di una posizione di assoluta autonomia e indipendenza dal Governo⁽⁷⁶⁾.

La Corte respinge, con argomentazioni tradizionali, e ricavate pari pari dalla teoria delle rime obbligate, la richiesta del ricorrente di pronunciare una sentenza additiva in esito a un conflitto intersoggettivo. Ritiene la Corte che alla carenza denunciata dal ricorrente si può porre rimedio solo “*in via normativa... non essendo possibile ovviare ad essa in via di interpretazione e applicazione dell’ordinamento vigente*”. Da quest’ultimo non si evincono cioè “*indicazioni sufficienti circa il modo di colmare la lacuna*”, così che la Corte

nale, come nel caso di specie – non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali”. Ridimensiona peraltro il riferimento alle consuetudini costituzionali, in quanto esse, nell’appena citato passaggio, verrebbero solo a chiudere un’argomentazione che trae le proprie radici nell’interpretazione logico-sistematica della Cost., non costituendo una vera premessa normativa del giudicato, R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 169.

⁽⁷⁵⁾ V. la giurisprudenza citata da E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri*, cit., 365 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 354.

non è messa in condizione di intervenire. Ove lo facesse, il suo intervento equivarrebbe infatti a una “*predisposizione ex novo di un complesso di regole che non può che essere posto nella sede competente a dettar norme nella materia dei giudizi costituzionali*”, ossia dal legislatore⁽⁷⁷⁾.

Alla decisione non sono state lesinate le critiche. In primo luogo, si è sostenuto che la Corte avrebbe dato prova di un eccessivo *self-restraint*, mancando un’occasione per porre parziale rimedio al difetto di tutela dei magistrati nei conflitti intersoggettivi che li coinvolgono (da più parti e da molto tempo denunciato, anche dalla stessa Corte)⁽⁷⁸⁾. Tale atteggiamento si sarebbe poi posto in conflitto con altre decisioni costituzionali (adottate nei giudizi in via d’azione o nei conflitti intersoggettivi) in cui la Corte, poggiando sul principio di leale collaborazione, ha sancito la necessità della compartecipazione regionale (o statale) in relazione all’adozione di un determinato atto “benché nessuno strumento di raccordo fosse espressamente previsto dalla legge”⁽⁷⁹⁾.

Si è certo messo in adeguata luce che il principio di leale collaborazione non ha avuto, nei conflitti tra poteri, le stesse, importanti applicazioni che ha avuto invece nei rapporti tra Stato e Regioni; tuttavia, si è altresì sottolineato che, nella nota sent. n. 379/1992, la Corte detta una disciplina dettagliatissima del “concerto”, previsto all’art. 11, l. n. 195/1958, ispirata (appunto) al principio di leale collaborazione⁽⁸⁰⁾. Anche nel caso in oggetto la Corte avrebbe

⁽⁷⁷⁾ Cfr. i passaggi citati nel testo al punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁽⁷⁸⁾ La Corte aveva sottolineato il problema nella nota sent. n. 70/1985. Critico con l’eccessivo *self-restraint* manifestato dalla Corte nella sent. n. 309, C. PADULA, *Indipendenza della magistratura, indipendenza del potere esecutivo e principio di «leale collaborazione»: un bilanciamento mancato*, in *Giur. cost.* 2000, 2339 ss. Ritiene invece che, nel caso, anche un diverso esito del conflitto non avrebbe potuto sortire alcun apprezzabile effetto, P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, cit., 163. Sulla possibilità che, in conflitti siffatti, la Corte quanto meno ammetta l’intervento processuale dell’A.G. v. M. PERINI, *Vera «storia di un conflitto partito tra enti e arrivato tra poteri»: profili processuali e considerazioni di merito*, in *Giur. cost.* 1999, 3999 ss., a commento dell’ord. n. 470/1999, la quale ha ammesso il conflitto poi deciso con la sent. n. 309. Per una lettura favorevole quanto meno alla valutazione di merito proposta dalla Corte nella sentenza in commento v. G. GEMMA, *Intervento di organi giudiziari nei conflitti di attribuzione fra Stato e regioni relativi ad atti giurisdizionali*, in *Giur. cost.* 2000, 3398 s.

⁽⁷⁹⁾ Così C. PADULA, *Indipendenza della magistratura*, cit., 2340 e nota 8, cui si rinvia anche per le opportune indicazioni giurisprudenziali.

⁽⁸⁰⁾ La controversia scaturiva dal rifiuto del Guardasigilli di dare esecuzione alla delibera con cui il C.S.M. nominava il Presidente della Corte d’appello di Palermo. Il Ministro denunciava infatti il mancato svolgimento di una fase essenziale delle procedure d’investitura dei capi degli uffici; egli imputava alla Commissione incaricata di sottoporre al *plenum* la proposta di nomina, di non aver conseguito il suo preventivo “concerto” sulla stessa. Giudicano positivamente il bilanciamento operato dalla Corte nella sent. n. 379/1992, S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra*

quindi potuto operare un bilanciamento fra la competenza esclusiva del Presidente del Consiglio a decidere sulla sua costituzione in giudizio e l'indipendenza garantita dalla Costituzione al p.m., mediante la previsione di un dovere di consultazione dell'autorità giudiziaria interessata. Invece, tale bilanciamento è mancato.

Non è peraltro scorretto che la Corte si attenga con particolare rigore ad un atteggiamento di *self restraint* nel creare regole nuove, quando non può giustificare il suo operato con la poetica metafora delle "rime obbligate". La leale cooperazione infatti "è il grasso indispensabile a far girare gli ingranaggi: ma con il grasso non si possono costituire ingranaggi nuovi": in caso contrario, avremmo che il difensore delle regole giuridiche sarebbe anche il produttore delle stesse; un tipico esempio di esorbitanza della Corte nelle competenze del legislatore⁽⁸¹⁾.

16. *Segue: la costante attualità del "caso Previti"*

Un chiaro esempio dell'applicazione del principio di leale collaborazione, realizzata attraverso un bilanciamento sul caso concreto, si è avuto con la sent. n. 225/2001 (sul c.d. "caso Previti"). Com'è noto, la Corte era qui chiamata a decidere il ricorso della Camera dei deputati avverso alcune ordinanze emesse dal Gip-Gup di Milano, le quali avevano respinto altrettante istanze di rinvio dell'udienza preliminare motivate da impegni parlamentari del deputato Previti, coimputato nel processo. Dopo un'attentissima disamina della fattispecie sottoposta al suo giudizio, la Corte conclude nel senso che il giudice dovrà – nel caso – applicare le comuni regole processuali, contemperando, secondo le forme tipiche del bilanciamento, le esigenze di rango costituzionale che vengono a collidere, adeguatamente motivando sul punto. Ed è la stessa Corte a suggerire che "in linea di principio, non sarebbe impossibile adattare i calendari delle udienze, preventivamente stabiliti e discussi con le parti, in modo da tener conto di prospettati impegni parlamentari concomitanti dell'imputato", indicando anche almeno tre giorni della settimana (sabato, domenica, lunedì) in cui non si svolgono lavori parla-

Consiglio Superiore della magistratura e Ministro della giustizia, Torino 1993, 161 ss. (che apprezza la scelta della Corte di non stabilire in modo preciso "chi doveva decidere", in quanto diretta ad "orientare la futura azione dei poteri in campo secondo moduli comportamentali non di rottura") e R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 123 ss., per il quale l'adozione, nel caso, di un dispositivo non secco, bensì articolato, deriva dalla circostanza che la Corte ha qui (appunto) utilizzato le categorie tipiche del giudizio di ragionevolezza, di cui il principio di leale cooperazione è "specie particolare".

⁽⁸¹⁾ La citazione e le osservazioni sono tratte da R. BIN, *Il principio di leale cooperazione*, cit., 11.

mentari⁽⁸²⁾. Nessuna prevalenza, in astratto, dell'uno o dell'altro interesse costituzionale in conflitto; le proposte suggerite dalla Corte non cristallizzano infatti una soluzione aprioristica, bensì soltanto un'ipotesi valida "in linea di principio". "Un suggerimento che potrà orientare... gli organi della giurisdizione nella loro *esclusiva* attività di interpretazione ed applicazione del diritto processuale", senza offrire sponde alle tesi di coloro che, dopo tale pronuncia, hanno invece sostenuto che sarà ora impossibile chiamare un parlamentare in giudizio⁽⁸³⁾. In sintesi: ai giudici il compito (*esclusivo*) di interpretare-applicare il diritto vigente, bilanciando le esigenze (fondamentali) dei poteri coinvolti nel caso che devono decidere; alla Corte l'onere di valutare – se richiesto in un conflitto – la "tenuta" del punto di equilibrio fissato dai primi.

La leale collaborazione tra Presidente del Consiglio e organi giudiziari è anche (ed esplicitamente) evocata nelle sentt. 110 e 410/1998. Nella prima di queste si legge infatti che *"la tesi prospettata dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale l'opposizione del segreto inibirebbe in modo assoluto all'A.G. la conoscenza dei fatti ai quali il segreto si riferisce, e quindi precluderebbe al p.m. di compiere qualsiasi indagine, anche se fondata su elementi di conoscenza altrimenti acquisiti, non può essere condivisa... l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri non ha l'effetto di impedire che il p.m. indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la notizia criminis in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'A.G. di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto... sia in via diretta, al fine cioè di*

(82) Cfr. punto 6 del *Considerato in diritto*. Un'anticipazione di questi risvolti si ritrovano in D. RAVENNA, *Il conflitto e i tempi del Parlamento*, in *Il "caso Previti"*, cit., 177 ss. e in G. BRUNELLI, *«Caso Previti», atto I*, cit., 974 s.

(83) La citazione è tratta da G. BRUNELLI, *«Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto)*, cit., 2014 s. Nello stesso senso v. anche M. BELLETTI, *Non è una prerogativa del singolo parlamentare*, in *Forum on line di Quaderni costituzionali*. Leggono la sentenza Previti nel senso che essa conierebbe un nuovo privilegio del parlamentare, tra gli altri, A. MORRONE, *Il "privilegio" dell'imputato parlamentare*, cit., ed M. A. CABIDDU, *«Ceci n'est pas l'arret Previti»*, cit., *passim*. Quanto alla peculiarità del "caso Previti", A. RUGGERI, *Un conflitto inammissibile per l'impossibilità di "bilanciare" gli interessi evocati in campo (nota minima a proposito del "caso Previti")*, in *Il "caso Previti"*, cit., 201, ritiene che il ricorso della Camera, presentato quando il deputato aveva già preso parte alle attività parlamentari o alle votazioni, sarebbe stato privo di interesse in concreto, posto che il bilanciamento tra i principi in gioco sarebbe già stato operato dallo stesso membro del Parlamento, antepoendo i doveri della carica al diritto di difesa. Cfr. anche, nello stesso senso, A. SAITTA, *Alcune considerazioni in tema di ammissibilità dei ricorsi per conflitto di attribuzione*, cit., 209 ss. e Id., *In tema di attualità dell'interesse al ricorso nei conflitti tra parlamento e magistratura*, in *Foro it.* 2002, 1583 ss. Interessante, al proposito, la lettura di L. CARLASSARE, *Principi del sistema e concretezza dell'interesse: due criteri per la Corte in un difficile conflitto*, *ivi*, 64 s., secondo la quale, nel caso – e come si ricaverebbe dall'applicazione della "prova

fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine... non è precluso al p.m. di procedere, ove disponga o possa acquisire per altra via elementi indizianti del tutto autonomi e indipendenti dagli atti e documenti coperti da segreto” ⁽⁸⁴⁾. Siamo insomma al cospetto di un bilanciamento teso a delineare le reciproche posizioni di Presidente del Consiglio e autorità giudiziaria. Anche più esplicita è la successiva sent. n. 410, in cui si rinviene – *mutatis mutandis* – una calzante definizione del leale rapporto che deve contraddistinguere le azioni congiunte dei diversi poteri: “*i doveri di correttezza e di lealtà ai quali i rapporti tra Governo ed A.G. devono ispirarsi, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti, escludono, in particolare, che l'A.G. possa aggirare surrettiziamente il segreto opposto dal Presidente del Consiglio, inoltrando ad altri organi richieste di esibizione di documenti dei quali sia nota la segretezza*” ⁽⁸⁵⁾.

17. Segue: la ragionevolezza e i conflitti

Un'altra versione del bilanciamento, realizzata nel contesto di specifici conflitti interorganici, si riscontra laddove la Corte richiama il tracciato del c.d. giudizio di ragionevolezza. Com'è stato dimostrato, infatti, tale giudizio – abitualmente impiegato dalla Corte nel settore dei giudizi incidentali – trova il modo d'esplicarsi anche in altri luoghi della sua giurisprudenza. Del resto, essendo la ragionevolezza nulla più che una versione (astratta) del bilanciamento (che è invece concreto), anch'essa contribuisce a definire – come si è

di resistenza” – l'interesse dell'organo non sussisterebbe: il conflitto andrebbe infatti ristretto “ai soli casi in cui la presenza in Aula del parlamentare si riveli essenziale e determinante”. A tutto ciò si può peraltro ribattere che il diritto a partecipare ai lavori parlamentari va garantito indistintamente a ogni membro dell'Assemblea, e non solo al fine di raggiungere il numero legale o in rapporto alla determinazione della maggioranza di volta in volta richiesta. Invece, la pronuncia “incriminata” nel “caso Previti” di per sé costituisce – nella prospettiva della Camera – un'interferenza rilevante, consacrando la pretesa “supremazia” del potere giudiziario rispetto a quello delle Assemblee; in altri termini, essa provoca, a fronte delle esigenze giurisdizionali, il completo sacrificio delle prerogative del Parlamento; da qui la necessità – nell'ottica della Camera – di “bilanciare” e ripristinare l'equilibrio tra le attribuzioni e le competenze coinvolte (v. N. ZANON, *Il “caso Previti”: conflitto tra poteri dello Stato o questione “privata”*, in *Il “caso Previti”*, cit., 16). In altri termini, “la Camera ricorre per una questione che è di per sé astratta, perché attiene alle proprie prerogative”, e quasi prescinde dai fatti processuali in senso stretto (così R. BIN, *Un esperimento mentale*, cit., 39).

⁽⁸⁴⁾ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁽⁸⁵⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Sul tema v. le osservazioni di R. BIN, *Il principio di leale cooperazione*, cit., 7.

detto sopra – la concreta fisionomia del principio di separazione tra poteri.

Un caso di tal fatta sembra chiaramente delineato dalla sent. n. 502/2000: la Corte attesta la pertinenza delle scelte della Commissione parlamentare di vigilanza alla disciplina legislativa e ritiene, più specificamente, non irragionevoli le scelte della stessa in relazione alle determinazioni di utilizzo degli spazi televisivi per la campagna referendaria tenutasi nell'anno 2001. Per la Corte, la doglianza sugli atti e i comportamenti impugnati dal Comitato promotore possono configurare un'ipotesi di "cattivo uso" dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare, astrattamente suscettibile di influire, nell'ambito della campagna referendaria, sulla formazione della volontà degli elettori, "così da ridondare in una lesione della sfera di attribuzioni dei ricorrenti". La Corte giudica però infondato il ricorso, in quanto, come già si è anticipato, "non appare (nel caso, n.d.r) irragionevole" la scelta operata dalla Commissione nella delibera in contestazione⁽⁸⁶⁾.

18. *La legge sulle rogatorie: verso un nuovo "fronte" del conflitto tra giudici e politica?*

Un ipotetico conflitto sul "cattivo uso" del potere che richiederebbe, per la sua soluzione, un delicato sindacato di pertinenza emerge dall'esame della recente legge sulle rogatorie internazionali (l. n. 367/2001). La disciplina delle rogatorie, come molti sostengono, attiene soprattutto ai rapporti tra gli Stati e non ai diritti individuali (specie di difesa)⁽⁸⁷⁾. Essa va dunque interpretata (principalmente) in questa prospettiva, ossia in un quadro che potremmo collegare alla sovranità nazionale e all'organizzazione costituzionale. La pretesa di porre una disciplina sulle rogatorie in un'ottica di tutela dei diritti sembra insomma ultronea. Se dunque è vera la premessa, ne consegue che in tema di rogatorie intervengono sia (e intuitivamente) questioni relative al reciproco riconoscimento della sovranità degli Stati, sia (sotto il profilo

⁽⁸⁶⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

Anche la già citata sent. n. 161/1995 – nel quadro di un conflitto su atto legislativo – si fonda su un esame della ragionevolezza della disciplina (nel caso) impugnata. A tal proposito cfr. R. ROMBOLI, *Nota alla sentenza n. 161 del 1995*, in *Foro it.* 1995, 1702 e G. M. SALERNO, *I profili soggettivi nei conflitti di attribuzione relativi alla par condicio*, cit., 37 ss.

⁽⁸⁷⁾ Per tale tesi v. V. CASAMASSIMA, *Legge n. 367 del 2001: quando tra legislatore e interprete le strade si dividono*, in *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, Torino 2002, 92 ss.; A. CIAMPI, *Osservazioni in merito al rigetto in via interpretativa della questione di legittimità costituzionale*, *ivi*, 123 ss.; E. SELVAGGI, *La nuova legge sulle rogatorie internazionali nel contesto del sistema convenzionale della cooperazione giudiziaria: osservazioni di un pratico*, *ivi*, 264 ss.; C. VALENTINI, *Due precisazioni in tema di vie di trasmissione e di parità delle parti*, *ivi*, 271 ss.

interno) questioni attinenti ai rapporti tra i poteri che concorrono a formare gli atti connessi. In quest'ultima prospettiva, i soggetti coinvolti nella procedura sono immediatamente rinvenibili nel Ministro della giustizia nonché nei giudici e nei magistrati del p.m.: sono i magistrati italiani a promuovere le rogatorie all'estero, previa trasmissione al Ministro "il quale provvede all'inoltro per via diplomatica" (art. 727, comma 1, c.p.p.); dal canto suo, è il Ministro a disporre che si dia corso alle rogatorie delle autorità straniere (art. 723 c.p.p., non a caso rubricato "Poteri del ministro di grazia e giustizia", *rectius*: "della giustizia"). Nel primo caso, il Guardasigilli può disporre con decreto, entro trenta giorni, che non si dia corso alla rogatoria "qualora ritenga che possano essere compromessi la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato" (art. 727, comma 2); nel secondo, "il Ministro non dà corso alla rogatoria quando risulta evidente che gli atti richiesti sono espressamente vietati dalla legge o sono contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano", ovvero vi siano "fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo", nonché per altre ragioni elencate nel contesto dell'art. 723 cit.

Com'è evidente, il ruolo del Guardasigilli varia a seconda che si verta in una rogatoria *dall'estero* ovvero in una rogatoria *all'estero*. Nelle rogatorie richieste *all'estero*, il Ministro ha poteri che potremmo definire "residuali": egli interviene insomma in casi estremi (compromissione della sicurezza o di altri interessi *essenziali* dello Stato). Ciò è del resto perfettamente conforme al tenore di significative norme della Costituzione⁽⁸⁸⁾ nonché al fatto che è conforme al quadro costituzionale lasciare all'esecutivo le valutazioni di chiaro significato politico, conservando ai giudici i poteri connessi alle loro funzioni. Nelle rogatorie *dall'estero*, i poteri d'intervento del Ministro vengono invece tratteggiati in modo certo più disteso.

Discende da questa cornice una possibilità tutt'altro che remota, specie quando siano esponenti della stessa maggioranza di cui fa parte il Ministro ad essere coinvolti in procedimenti che richiedono rogatorie all'estero: che insorgano conflitti tra l'autorità giudiziaria – la quale attiva la rogatoria – e lo stesso Guardasigilli – impegnato (in buona o mala fede) a vanificare quelle richieste –. Ovvero, che tali conflitti emergano addirittura nei casi in cui non vi sia consonanza di vedute circa le forme da osservare nella richiesta o nella trasmissione della rogatoria.

(88) Ad esempio, l'art. 101, comma 2, in base al quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" (e non anche al Guardasigilli, sia pur solo nell'ipotesi di rogatorie); l'art. 102, comma 1 ("la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari"); l'art. 104, comma 1 ("la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere").

Si tratta di un ipotetico conflitto che ricalca (almeno in parte) le orme giuridiche di altri, numerosi contenziosi: si pensi, in primo luogo, alla già citata sentenza n. 379/1992 della Corte costituzionale, la quale definisce il necessario “concerto” tra C.S.M. e Guardasigilli, ai fini della nomina dei Presidenti di Corte d’appello. Come in quel caso, anche nella vicenda ora tratteggiata in astratto si darebbe luogo a un conflitto traente origine dall’applicazione di una disciplina posta da leggi ordinarie e destinata a integrare un assetto di poteri già sinteticamente disegnato nella Costituzione (è in quest’ultima che viene infatti, più o meno *in nuce*, definito il ruolo dei giudici, del C.S.M. e del Guardasigilli). *Mutatis mutandis*, lo stesso può dirsi per la vicenda legata al c.d. caso Previti, conclusa – sotto il profilo della giurisdizione costituzionale – dalla menzionata sent. n. 225/2001; come si è visto, a divergere erano qui le posizioni della Camera e dei giudici circa il modo in cui andrebbe ricostruita, nei rapporti con la giurisdizione penale, la posizione dell’imputato-membro del Parlamento, quando ci si ponga al di fuori delle tassative ipotesi previste dall’art. 68 Cost. Nel primo caso apertamente, nel secondo in forma più surrettizia (ossia senza una specifica menzione), ricorre un’idea costante in molte pronunce costituzionali in cui viene sindacato il modo di esercizio del potere contestato: l’assunto, cioè, che i rapporti tra i poteri dotati di sfere di competenza limitrofe o (almeno in certi casi) sovrapponibili, debbano essere ispirati a “correttezza” e “lealtà reciproca”. Si tratta, insomma e ancora, del c.d. principio di “leale collaborazione” ovvero di “cooperazione” tra poteri.

Ebbene, anche il possibile conflitto adombrato poco sopra sembra offrire materiali per un ennesima e particolare applicazione di questo principio. Sarà ovviamente la Corte – a partire dalle caratteristiche specifiche delle fattispecie che dovrà eventualmente giudicare – a individuare il punto di raccordo e di rottura delle concrete competenze venute a collidere.

Dalla ricostruzione che si è proposta deriva che, in nessun caso, il Ministro della giustizia potrebbe approfittare del proprio ruolo per bloccare le rogatorie all’estero (ovvero per stoppare le richieste provenienti dall’estero) se non in presenza di specifici presupposti giustificativi. Ove questi requisiti non sussistessero, l’autorità giudiziaria interna, in riferimento alle proposte richieste di rogatoria all’estero, potrà sollevare un conflitto di attribuzione (per interferenza) davanti alla Corte costituzionale (eventualmente anche lamentando le omissioni del Guardasigilli).

Sia nella fase “fisiologica” di cooperazione tra Guardasigilli e magistrati, sia in quella “patologica” eventualmente portata davanti alla Corte, un ruolo fondamentale assume il principio di leale collaborazione. È in base ad esso che i poteri dovranno modulare i propri comportamenti; è sempre in riferimento ad esso che la Corte avvierà la specifica tipologia di giudizio (concreto) che immancabilmente attiva allorché si trova nelle condizioni di dover risolvere conflitti in cui questo principio entra in gioco. E per giungere alla sua soluzione, la Corte non potrà dimenticare che esso altro non è – com’è

già stato argomentato – “che il rovescio del principio di separazione dei poteri”, e che il soggetto agente deve sempre applicarlo “tenendo in debito conto le esigenze e le prerogative degli altri soggetti” con cui deve entrare in contatto (e collaborare) al fine di esercitare le proprie competenze⁽⁸⁹⁾.

19. *Segue: quando il parametro del conflitto è l'art. 76 Cost.*

Un altro luogo in cui la Corte ha avuto modo di svolgere controlli che prevedono un puntiglioso “sindacato di pertinenza” si è riscontrato allorché essa ha dovuto fondare la sua decisione – e dunque risolvere il conflitto – utilizzando il parametro rappresentato dall'art. 76 Cost. Ciò è accaduto nella già citata sent. n. 139/2001: dopo aver attentamente verificato la mancata conformità del decreto legislativo impugnato alla sostanza della delega, la Corte annulla l'atto, ritenendo “*superfluo l'esame del ricorso stesso quanto alla dedotta violazione dell'art. 100, comma 2, Cost.*”⁽⁹⁰⁾. È un punto che è stato giustamente sottoposto a critica: l'eccesso di delega dovrebbe venire in rilievo nei conflitti non in sé e per sé, bensì in quanto abbia riflessi negativi sulla sfera di competenza del ricorrente⁽⁹¹⁾. In caso contrario, il giudizio di legittimità e il giudizio sui conflitti verrebbero a sovrapporsi, così negando l'intima logica del sistema, sbandierata (a più riprese) dalla stessa Corte. Questo accertamento parrebbe mancare nel caso; in realtà a me sembra *in re ipsa*. Essendo controversa una disciplina riguardante la materia del controllo sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (espressamente prevista all'art. 100, comma 2, Cost.), introdotta dal decreto legislativo in questione senza opportuna e specifica delega, e mirante a sopprimere la facoltà della Corte dei conti di formulare, in qualsiasi momento, in caso di accertata irregolarità nella gestione di un ente – e, comunque, quando ritenuto opportuno – i suoi rilievi al Ministro per il tesoro e al Ministro competente, è ovvio che l' “eccesso di delega”, nella fattispecie, trascende *de facto* nella menomazione di una competenza costituzionale della Corte dei conti. Lo sviluppo della motivazione non è certo cristallina – e dunque le critiche sono più che giustificate – ma a me pare, in definitiva, sostenibile questa conclusione. Saremmo insomma nell'ambito di un “cattivo uso” del potere esclusivo del Governo di adottare decreti legislativi, che si ripercuote sulle competenze costituzionalmente rilevanti di un altro potere. L'eccesso di

⁽⁸⁹⁾ R. BIN, *Il principio di leale cooperazione*, cit., 7.

⁽⁹⁰⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁽⁹¹⁾ Cfr. E. Malfatti, *La Corte dei conti in conflitto con il Governo: nasce un superpotere?*, in *Giur. cost.* 2001, 1145. Per una diversa ricostruzione della sent. in commento, tendente a collegare il vizio relativo ai presupposti di cui all'art. 76 Cost. con una inevitabile menomazione di competenze altrui v. F. Bertolini, *L'eccesso di delega nel conflitto su atto legislativo: estensione del modello o figura tipica?*, *ivi*, 1132 ss.

delega, nel caso in oggetto, si traduce insomma – e inevitabilmente – in una menomazione della competenza costituzionale assegnata alla Corte dei conti⁽⁹²⁾.

20. *L'inammissibilità oggettiva di conflitti già soggettivamente inammissibili*

Del resto, ci sono altri luoghi della giurisprudenza costituzionale sui conflitti che, a tutta prima, appaiono contorti e poi invece rivelano una loro *ratio* neppure troppo nascosta.

Penso, ad esempio, a quella serie di conflitti (già ricordati in apertura) che, per quanto inammissibili già sotto il profilo soggettivo, vengono invece risolti dalla Corte nel merito, sia pur concludendo comunque per l'inammissibilità.

Gli esempi pullulano: si pensi all'ord. n. 73/1997, laddove la Corte risolve – nel merito – un conflitto (palesamente inammissibile già sotto il profilo soggettivo) sollevato dal Co.Re.Co. Lazio in riferimento a una legge regionale; oppure si veda l'ord. n. 359/1999, in cui la Corte decide il caso dell'avv. Cono Domianello-preteso potere dello Stato, il quale solleva conflitto in base alla sua qualità di “difensore impedito nell'esercizio del potere costituzionale della difesa (esterno all'apparato dello Stato), dalla Corte suprema di cassazione”; ovvero ancora l'ord. n. 112/2000: benché il conflitto in oggetto sia inammissibile, per espressa affermazione della Corte, anche per i suoi profili soggettivi (il Direttore generale del Ministero finanze non è un potere dello Stato), essa comunque non esita a giudicarlo nel merito.

Esiste un *ratio* in tutto questo, e non è una giustificazione da poco: l'impressione è che la Corte tenda comunque – almeno in certe circostanze – a farsi carico delle “situazioni conflittuali” che ad essa vengono presentate e a risolverle anche quando le sarebbe alquanto semplice trincerarsi oltre lo schermo di un'inammissibilità per carenza dei profili soggettivi. È insomma come se la Corte si avvedesse che una pronuncia d'inammissibilità calibrata

⁽⁹²⁾ In questo senso si muove anche la più recente sent. n. 221/2002, praticamente omologa della sent. n. 139, in cui la Corte mette bene in luce il collegamento tra il sindacato relativo al rispetto dell'art. 76 Cost. e dell'art. 100 Cost., venendo, di fatto, pur dopo premesse non troppo chiare (v. il punto 5.1 del *Considerato in diritto*), ad operare simultaneamente sui due piani. Qui si trova infatti asserito che “l'esercizio di poteri normativi del Governo... fuori o contro quanto consentito dalla delega legislativa, comporta violazione dell'ordine costituzionale delle competenze, suscettibile di essere fatto valere nel giudizio per conflitto di attribuzioni, quando da tale esercizio illegittimo possano derivare lesioni dell'ambito materiale della competenza di controllo assegnata dalla Costituzione alla Corte dei conti” (punto 5.2 del *Considerato in diritto*). Molto espliciti sono i successivi passaggi della motivazione, in cui la Corte procede – appunto – di pari passo ad accertare l'eccesso di delega e le ricadute da questo prodotte sulla sfera costituzionale di competenza della Corte dei conti.

sui risvolti soggettivi della controversia non godrebbe della stessa forza persuasiva di una risposta ben più ampiamente motivata; per questo procede addirittura oltre a ciò che le è richiesto per rafforzare, come dire, l'inevitabile esito del giudizio.

21. Una chiosa: la Corte giudice e parte in conflitto

Per “chiudere”, un tema che poggia le sue basi (appunto) sull'idea che la Corte sia un “organo di chiusura” del sistema giuridico: la possibilità (o meno) che la Corte sia giudice e parte in conflitto⁽⁹³⁾.

Di recente, la Corte è tornata su questo tema classico con la sent. n. 29/1998, e l'ha fatto con un piglio decisamente stringente. Il giudice costituzionale ha infatti qui sostenuto che l'art. 137 preclude “*in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare o riformare, in tutto o in parte, le decisioni della Corte... impedisce anche il ricorso alla stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso. L'esclusione riguarda qualsiasi tipo di impugnazione*”, anche se promossa nella forma del conflitto di attribuzione⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ Si affronta qui un tema classico della materia dei conflitti tra poteri. Il dibattito dottrinale – suscitato soprattutto da un *obiter dictum* contenuto nella citatissima ord. n. 77/1981, in cui la Corte affermava “che tanto il Tribunale di Siracusa quanto la Corte costituzionale rientrano, potenzialmente, fra gli organi legittimati ad essere parti in conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato” – ha elaborato al proposito numerosi indirizzi: si è infatti sostenuta l'inammissibilità di ogni conflitto che avesse come parte e giudice la Corte costituzionale, secondo un orientamento seguito anche in altri sistemi [cfr. J. LUTHER, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. ANZON - B. CARAVITA - M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 109 s.]; l'ammissibilità dei soli conflitti in cui il giudice costituzionale figura nel ruolo di ricorrente (A. RUGGERI, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato»... solo a metà*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 90 e G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, *ivi*, 598 s.); la piana possibilità che la Corte possa ricoprire i ruoli di parte attiva e passiva (ad esempio P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. di dir. proc.* 1956, 45 s., A. PISANESCHI, *I conflitti*, *cit.*, 218 s., R. BIN, *L'ultima fortezza*, *cit.*, 165 s.); la possibilità che la Corte possa essere giudice e parte nei conflitti che scaturiscono da suoi comportamenti omissivi e non da atti (D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Trento 1994, 303 s. e L. PESOLE, *A proposito della legittimazione della Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.* 1998, 2531).

⁽⁹⁴⁾ Analoghe affermazioni si ritrovano anche nell'ord. n. 220/1998 e nella sent. n. 487/2000. Per un agile commento alla sent. n. 29 v. P. GRASSANO, *Le sentenze della Corte costituzionale non sono in alcun caso ricorribili seppure sotto il profilo del conflitto di attribuzione*, in *Nuova rass. legisl., dottr. e giur.* 1999, 865 ss.

Fermo restando che il tema è compromesso da un'evidente anomalia di partenza, ossia dal fatto che la Corte rivestirebbe, in tali casi, il ruolo di giudice e parte, facendo a pezzi una serie di principi niente affatto di contorno⁽⁹⁵⁾, tuttavia gli esempi appena citati mostrano che anche questa ipotesi non può più dirsi effettivamente di scuola⁽⁹⁶⁾. Sul piano logico, la netta chiusura della Corte appare criticabile. Non è vero che ogni conflitto promosso contro una decisione costituzionale si tradurrebbe, *sic et simpliciter*, in un inammissibile mezzo di gravame⁽⁹⁷⁾. Se si sostiene che quanto vale per i giudici dovrebbe applicarsi anche alla Corte⁽⁹⁸⁾, allora questa conclusione non è proprio sostenibile, posto che, come si è succintamente visto, non tutti i conflitti contro atti giurisdizionali determinano l'inammissibilità degli stessi, in quanto automaticamente destinati a dar vita a un ulteriore (e assolutamente improprio) grado di giudizio. Si pensi – tanto per fare un esempio – a decisioni costituzionali del tutto abnormi.

In tale prospettiva è dunque proponibile una diversa interpretazione del combinato disposto degli artt. 134 e 137 Cost.: potrebbe sostenersi che gli artt. 134 e 137, in quanto contestualmente previsti nello stesso luogo costituzionale, ed essendo da essi ricavabili norme di identica natura, vadano interpretati in modo da assegnare ad ognuno di essi un senso, in qualche modo, complementare. Si potrebbe cioè sostenere che, *ex art. 137, comma 3, Cost.*, sia da escludere ogni forma d'impugnazione delle decisioni della Corte non avente i caratteri specifici di un conflitto costituzionale di attribuzioni. Sarebbe così possibile contestare i comportamenti o gli atti con cui la Corte illegittimamente superi i confini delle sue competenze, ma non la mera denuncia dell'opportunità delle sue scelte. Allora, davvero, anche la Corte sarebbe trattata alla pari degli altri giudici. Una differenza certo rimarrebbe

⁽⁹⁵⁾ Si pensi ai principi processuale del «*nemo iudex in causa propria*» e del «*ne procedat iudex ex officio*».

⁽⁹⁶⁾ In alcuni casi, poi, la Corte diviene sicuramente parte (sia pure "indiretta") di vicende conflittuali che è chiamata a decidere. È questo il caso della già richiamata sent. n. 410/1998, in cui la Corte, nello stesso istante in cui accoglie il conflitto sollevato dal Presidente del Consiglio avverso la Procura di Bologna, sente altresì chiaramente "messa in discussione" e aggirata la sua precedente sent. n. 110 dello stesso anno. Per tale profilo si rinvia alle osservazioni di T.F. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.* 1999, 1233 s.

⁽⁹⁷⁾ Sul punto si rinvia alle convincenti osservazioni di R. ROMBOLI, *È ammissibile un conflitto contro la Corte costituzionale?*, in *Foro it.* 1998, 1364, il quale, tra l'altro, rileva che "denunciare che la Corte, nell'ambito delle funzioni ad essa spettanti, ha travalicato i limiti ad essa assegnati dalla Costituzione e dalle leggi attuative, interferendo illegittimamente con competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti o ad altri poteri dello Stato", non coincide con l'impugnazione di una sua decisione.

⁽⁹⁸⁾ L. PESOLE, *A proposito della legittimazione della Corte costituzionale nei conflitti*, cit., 2530.

(e non da poco): essa potrebbe venire chiamata, diversamente dagli altri giudici, a “giudicare” di se stessa. Ma ciò accade – come è stato detto – a causa della naturale “finitzza” delle cose umane⁽⁹⁹⁾.

ABSTRACT

The article makes a critical analysis of the most recent constitutional jurisprudence about the conflicts of power, following both the subjective and the objective dimension of these conflicts. In particular it clarifies, on the one hand, the existing connections between these dimensions, on the other hand, the most important implications of the most recent case-law of the Constitutional Court, especially on conflicts against legislative acts and on conflicts raised by the Judiciary.

Il saggio ricostruisce i più recenti orientamenti giurisprudenziali seguiti dalla Corte costituzionale in relazione ai profili soggettivi e oggettivi dei conflitti di attribuzione tra poteri. Viene messa in luce la sinergia esistente tra questi elementi nonché le rilevanti implicazioni della più recente giurisprudenza (soprattutto) in materia di conflitti da atto legislativo e di conflitti sollevati dal potere giudiziario.

⁽⁹⁹⁾ R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 166.

PAOLO FERRETTI

LE DONAZIONI TRA FIDANZATI NELLA POLITICA MATRIMONIALE DI COSTANTINO (*)

La ricerca si articola in tre puntualizzazioni. Nella prima, ritorniamo sulla disciplina delle donazioni tra fidanzati e sugli sponsali, in età preclassica e classica, allo scopo di poter meglio comprendere le innovazioni attuate da Costantino. Nella seconda, approfondiamo, seppur in breve, il tema della disciplina costantiniana delle donazioni tra fidanzati e diamo conto della tesi da noi sostenuta nella monografia pubblicata⁽¹⁾ in argomento. Nella terza, infine, avanziamo una diversa interpretazione, suggeritaci, a distanza di circa due anni, da una differente lettura delle fonti.

1. – È noto che per tutta l'età preclassica — fino al 90 a.C., a prestar fede alla testimonianza di Gellio⁽²⁾ che cita Servio e Nerazio⁽³⁾ — il fidanzamento consisteva in un atto ad effetti obbligatori, incentrato sulla solenne promessa

(*) Si tratta del testo della relazione tenuta a Sassari, il 4 luglio 2002, nell'ambito del VI Seminario Internazionale di Studi "Tradizioni religiose e istituzioni Giuridiche del popolo sardo: il culto di S. Costantino Imperatore tra Oriente e Occidente". Il medesimo testo si può leggere anche nella Rivista on-line Diritto@Storia, Quaderno n. 2, sezione "Memorie" (www.dirittoestoria). La versione definitiva sarà poi pubblicata negli Atti del Convegno (nel volume della "Collezione Sistemi Giuridici del Mediterraneo. Studi e testi").

(1) P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000. A questa rimandiamo per approfondimenti e riferimenti bibliografici, relativamente alla prima e alla seconda parte della presente ricerca.

(2) Gellio scriveva con riferimento al *ius sponsaliorum* vigente nelle città del Lazio fino al 90 a.C. Ma tale diritto, come apprendiamo dal confronto con altre fonti — ad esempio, D. 23,1,2; VARRO, *ling.* 6,70 s.; ARNOB., *nat.* 4,20; SERV., *Aen.* 10,79; ISID., *orig.* 9,7,3 — e dalla menzione della *sponsio*, corrispondeva alla disciplina romana.

(3) GELL. 4,4,1: *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: 2. Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimo-*

di matrimonio. E esso, infatti, si caratterizzava per la conclusione di *stipulationes* e *sponsiones*, con cui il *pater familias* della futura sposa e lo *sponsus*, se *sui iuris*, si impegnavano, l'uno nei confronti dell'altro, rispettivamente a concedere la propria figlia in matrimonio e a prendere la medesima in moglie; ne seguiva che, una volta concluse le stipulazioni, contro quello dei due che non avesse adempiuto, senza giusta causa, l'obbligo precedentemente assunto, l'altro avrebbe potuto agire *ex sponsu* per ottenere il risarcimento, stimato dal giudice in una somma di denaro.

Inoltre, sempre con riferimento agli sponsali, Varrone⁽⁴⁾ riferisce anche del compimento di due stipulazioni penali, con le quali il padre della nubenda e lo *sponsus* si obbligavano a pagare una somma di denaro nel caso in cui il primo non avesse concesso la figlia e il secondo non l'avesse presa in moglie.

Bastano questi brevi accenni per capire che gli sponsali di età preclassica erano un atto solenne compiuto dai genitori dei fidanzati⁽⁵⁾, o almeno dal padre della *sponsa*⁽⁶⁾, allo scopo di vincolare i nubendi alla celebrazione del futuro matrimonio, intesi come probabile strumento per realizzare alleanze e strategie famigliari, di cui non mancano riferimenti nelle fonti letterarie⁽⁷⁾.

nium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsonumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat, 'sponsa' appellabatur, qui sponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, <aut> qui stipulatus erat, condemnabat. 3 Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est. 4 Haec eadem Neratius scripsit in libro, quem de nuptiis composuit.

(4) Varro, ling. 6,70: ... *Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quo erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis.* Sulle diverse interpretazioni avanzate in ordine al testo, si veda, da ultimo, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati*, cit., 5 ss., con altra bibliografia.

(5) Con riferimento allo *sponsus alieni iuris*, si legga PLAUT., *Trin.* 569 ss. e 1157 ss.; TER., *Ad.* 735; *Andr.* 99 ss.; DON., *ad Ter. Andr.* 102.

(6) Cfr., ad esempio, PLAUT., *Aul.* 217 ss.; *Aul.* 255 ss.; *Poen.* 1155 ss.; *Trin.* 1157 ss.; TER., *Andr.* 99 ss.; GELL. 4,4,2; VARRO, ling. 6,70 s.; PLUT., *Lyc. et Num.* 4; ARNOB., *nat.* 4,20; SERV., *Aen.* 10,79. Riguardo alla *sponsa sui iuris*, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994³, 8, fa notare che questa avrebbe potuto concludere la *sponsio* personalmente, con l'intervento del tutore, ma che «la natura anche patrimoniale dell'atto, la giovane età e le convenienze sociali le impongono, di solito, e specialmente nell'età più antica, di affidarsi a dei rappresentanti, per prendere e attuare delle decisioni».

(7) Cfr., ad esempio, PLAUT., *Aul.* 191 ss.; *Aul.* 226 ss.; *Aul.* 268 ss.; *Trin.* 569 ss.; *Trin.* 604 s.; *Trin.* 679 ss.; *Trin.* 689 ss.; *Trin.* 712 ss.; *Trin.* 782; TER., *Phorm.* 645 ss.; *Phorm.* 752 ss.; *Phorm.* 758 ss.; RHET Her. 2,24,38; ARGUM. Plaut., *Aul.* I,10; *Aul.* II, 4 ss.; *Cist.* 6 ss.; *Curc.* 5 ss.

Nell'ultima età repubblicana si assistette ad un rilevante cambiamento: per costituire gli sponsali era sufficiente il nudo consenso. Il fidanzamento si presentava come la proposta e la correlativa promessa di nozze, scambiate senza alcuna formalità⁽⁸⁾. Ma questa libertà di forme non deve portare a credere che il consenso fosse soltanto quello dei nubendi: Paolo⁽⁹⁾, del resto in un passo assai noto, richiede, accanto all'assenso dei fidanzati, anche la necessità dell'assenso dei loro aventi potestà, e Ulpiano informa che la *sponsa* avrebbe potuto rifiutare lo *sponsus* scelto dal padre soltanto nel caso in cui questo fosse *indignus moribus vel turpis*⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, questo processo di rinnovamento, all'insegna del consensualismo e della mancata sanzione per la volontà negata — ricordiamo, al riguardo, il divieto a ricorrere alla pena convenzionale o ad altre forme limitative della volontà⁽¹¹⁾ —, non deve aver prodotto spostamenti di rilievo nel consueto modo di intendere gli sponsali come potente strumento di alleanze politiche e famigliari⁽¹²⁾. Ne è prova l'ampiezza delle testimonianze

⁽⁸⁾ D. 23,1,1 (Flor. 3 *inst.*): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. D. 23,1,4 pr. (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.

⁽⁹⁾ D. 23,1,7,1 (Paul. 35 *ad edict.*): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit*.

⁽¹⁰⁾ D. 23,1,12 (Ulp. l.s. *de sponsalibus*): *sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*.

⁽¹¹⁾ Su questo ci informano D. 35,1,71,1 (Pap. 17 *quaest.*): *Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari*. D. 45,1,97,2 (Cels. 26 *dig.*): *'Si tibi nupsero, decem dari spondes?' causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est*. D. 45,1,134 pr. (Paul. 15 *resp.*): *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constanter matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*. Su tali fonti, cfr., da ultima, A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in *SDHI* 66 (2000), 147 ss.

⁽¹²⁾ Cfr., tra gli altri, L. GELZER, *Die römische Nobilität*, Leipzig 1912; F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920; O. MONTEVECCHI, *Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto greco-romano*, in *Aegyptus* 16 (1936), 32 ss.; R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford 1939; A.E. ASTIN, *Scipio Aemilianus*, Oxford 1967; G. MATRINGE, *La puissance paternelle et le mariage des fils de famille en droit romain*, in *Studi Volterra*, V, Milano 1971, 202 e 202 n. 46; H.H. SCULLARD, *Roman Politics 220–150 B.C.*,

che si possono addurre al riguardo, in cui continua ad essere documentata una fitta trama di relazioni parentali, sociali e politiche, abilmente intessuta attraverso sponsali e matrimoni⁽¹³⁾.

Senonché, con l'abbandono delle stipulazioni, essendo venuta meno l'obbligatorietà del vincolo sponsalizio, l'autonomia privata, assecondata dalla giurisprudenza, si è trovata nella necessità di dover elaborare un nuovo mezzo di cogenza. Il nuovo mezzo di cogenza è stato, a nostro avviso, un tipo⁽¹⁴⁾ di donazioni tra fidanzati — le donazioni a causa della promessa di matrimonio —, le quali si sarebbero praticate proprio allo scopo di “rafforzare” la promessa nuziale⁽¹⁵⁾.

Al riguardo, le due testimonianze principali sono di Giuliano⁽¹⁶⁾ e di

Oxford 1973²; K. HOPKINS, *Death and Renewal. Sociological studies in Roman history*, Cambridge 1983; R. SYME, *The Augustan Aristocracy*, Oxford 1986; P. VEYNE, *L'Impero romano*, in AA.VV., *La vita privata dall'Impero romano all'anno mille*, Bari 1986, 27 ss.; R.P. SALLER, *Men's age at marriage and its consequences in the Roman family*, in *Cph* 82 (1987), 21 ss.; B.D. SCHAW, *The age of Roman girl at marriage: some reconsiderations*, in *JRS* 77 (1987), 30 ss.; R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in AA.VV., *Storia di Roma*, IV, Torino 1989, 527 ss.; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in AA.VV., *Storia di Roma*, cit., IV, 559 s.; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, 33 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, Torino 1992², 151 s.; F. DUPONT, *La vita quotidiana nella Roma repubblicana*, Bari 1990, 120 ss.; AA.VV., *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, Roma 1990, 3 ss.; M. PANI, *Lotte per il potere e vicende dinastiche. Il principato tra Tiberio e Nerone*, in AA.VV., *Storia di Roma*, cit., II, 238 ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*, Oxford 1991.

⁽¹³⁾ Alcune di queste testimonianze sono di natura giuridica. Sembrano, infatti, alludervi D. 23,1,4,1; D. 23,1,14; D. 23,1,18. Inoltre, sempre in questa prospettiva, si veda Cic., *Brut.* 26,98; *Cluent.* 64,179; *Sest.* 3,6; *NEP.*, *Att.* 19,4; *VELL.* 2,44,3; 2,100,4; *PLUT.*, *Pomp.* 9; *Pomp.* 47; *Cato mi.* 25,4; 25,9; 25,11; 25,12; *TAC.*, *Agr.* 9,6; *Ann.* 2,43,2; *SVET.*, *Iul.* 1; *Tib.* 7; *TERT.*, *uxor.* 2,9 (in Migne, *PL*, I, 1302).

⁽¹⁴⁾ Abbiamo individuato nelle “donazioni semplici” l'altro tipo di donazioni tra nubendi, donazioni che non avrebbero avuto alcun rapporto con gli sponsali né con le nozze. Si doveva trattare, verosimilmente, di doni di modico valore, scambiati tra fidanzati in occasione di determinate ricorrenze oppure per manifestare il proprio sentimento. Siffatte donazioni sarebbero state irrevocabili.

⁽¹⁵⁾ Contro questa interpretazione, cfr., per tutti, R. ASTOLFI, *Esegesi e traduzione di Vat. frag. 262*, in *Iura* 49 (1998), 75 ss., il quale, sulla base di una differente lettura della parte finale di Vat. 262, ritiene che tale disciplina si sia affermata soltanto a partire dalla legislazione costantiniana (C.Th. 3,5,2).

⁽¹⁶⁾ D. 39,5,1 (*Iul. 17 dig.*): *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio. 1 Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim*

Papiniano⁽¹⁷⁾. I due giuristi informano dell'esistenza di un particolare tipo di donazioni tra fidanzati, che abbiamo denominato donazioni a causa della promessa di matrimonio. Tali liberalità erano assoggettate alla seguente disciplina: se gli sponsali si fossero sciolti per colpa del donante, questo non avrebbe potuto ripetere quanto dato, mentre se si fossero sciolti per colpa del donatario⁽¹⁸⁾, il donante avrebbe potuto ripetere quanto dato⁽¹⁹⁾.

È sufficiente questa sintetica descrizione per accorgersi che le donazioni a causa della promessa di matrimonio erano lo strumento attraverso cui il donante avrebbe potuto "blindare" il consenso del donatario, dissuadendolo a sciogliere il vincolo sponsalizio per non perdere la liberalità.

Da ultimo, è opportuno precisare che la disciplina ora esposta dipendeva dalla espressa conclusione, nel momento in cui la donazione veniva posta in essere, di un apposito patto⁽²⁰⁾. Questo patto tra nubendi, e solo questo patto, avrebbe impresso alla liberalità il carattere di donazione a causa della promessa di matrimonio. Di conseguenza, in mancanza del suddetto patto, la donazione compiuta tra fidanzati sarebbe stata sempre irrevocabile, indipendentemente dal verificarsi o meno delle nozze.

2. – Veniamo alla disciplina di Costantino:

C.Th. 3,5,2⁽²¹⁾. Imp. Constantinus A. ad Maximum p(raefectum) u(rbi).
Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nubtiis

faciat accipientis nec unquam ullo facto ad se reverti velit. cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur.

⁽¹⁷⁾ Vat. 262 (Pap. 12 resp.): *Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remisit, aequae non repetuntur. quod ita intellegi oportet, si revocandae donationis condicio non coniuncti matrimonii comprehendatur non perficiendi contractus.*

⁽¹⁸⁾ Al rifiuto ingiustificato del donatario sarebbe stata parificata, con ogni verosimiglianza, la morte di uno dei nubendi (cfr., seppur indirettamente, Vat. 262 e C. 5,3,11).

⁽¹⁹⁾ Occorre chiedersi cosa sarebbe accaduto nel caso in cui gli sponsali fossero stati sciolti dai fidanzati di comune accordo. Sul punto, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., XXIII, Milano 1898, 606, pensa, richiamando soltanto il passo di Giuliano (D. 39,5,1,1), che le liberalità potessero sempre essere revocate, salvo patto contrario. Forse è più verosimile ipotizzare che l'accordo delle parti determinasse anche la sorte di tali donazioni.

⁽²⁰⁾ Sul patto di restituzione, cfr., con altra bibliografia, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati*, cit., 38 ss.

⁽²¹⁾ C.Th. 3,5,2 = C. 5,3,15. Imp. Constantinus A. ad Maximum pu. *Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nuptiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad*

quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponso et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse iuris et tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si matrimonii non contrahendi causa ab sponsa, vel in cuius agit potestate, detegatur extitisse, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit; nullis causis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quidquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint. Sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia ad restitutionem seu repetitionem rerum donatarum sufficiat, cum universis causationibus pulsus nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere. 3 Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate, priusquam nubtiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonium diem functo, quae sponsaliorum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum qui donaverat revocari: eo etiam qui donaverat ante nubtias mortuo mox infirmari donationem et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas. 4 Quod beneficium usque ad personam patris ac matris, filiorum etiam, si qui de priore matrimonio fuerint, stare decernimus, si quocumque modo ex his persona aliqua defuncto successerit. Quod si ex his nulla persona defuncti heres erit, sed ex reliquis gradibus quisquam succedat, donationes convenit etiam non insecutis ex causa mortis nubtiis convallescere, quoniam illis tantum personis credimus consulendum. Dat. XVII kal. novemb. p(ro)p(osita) VI kal. s(upra)s(crip)tas Rom. Constantino A. V et Licinio Caes. Conss. (a. 319).

huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive adfinitatis coeundae causa sive non ita, vel in potestate patris degentes vel ullo modo proprii iuris constituti tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponsus vel parens eius sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius submotis ambagibus transferatur. 1 Quod si sponsa vel is in cuius agit potestate causam non contrahendi matrimonii praebuerit, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua diminutione per conditionem aut per utilem in rem actionem redhibeantur. 2 Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. D. XVII k. Nov. Constantino A. V et Licinio C. conss.

Costantino esordisce richiamando la disciplina dei giuristi classici, che egli dichiara subito di non gradire. La disciplina richiamata è quella ora vista, secondo cui il mancato consenso alle nozze produceva, sì, la perdita della donazione, ma solo se ciò era stato espressamente pattuito. A Costantino questo non bastava.

Su questa critica si innesta la riforma dell'imperatore, il quale ha disposto che tutte le donazioni tra fidanzati, e non soltanto quelle accompagnate da un patto di restituzione, fossero regolate nel seguente modo: se il donante, fidanzato o fidanzata, rifiutava l'assenso alle nozze, non avrebbe potuto ripetere quanto dato; se, invece, fosse stato il donatario a rifiutare l'assenso alle nozze, allora il donante avrebbe potuto ripetere, integralmente, quanto conferito⁽²²⁾.

Particolarmente significativa è poi l'esclusione di giuste cause di ripudio⁽²³⁾; vale a dire che, ai fini della revocabilità o meno della donazione, si sarebbe fatto unicamente riferimento alla volontà contraria al matrimonio. Una normativa, pertanto, particolarmente severa nei confronti del ripudiante. Su questo aspetto torneremo in seguito.

Confrontando la disciplina dettata da Costantino con quella vigente in età classica, si nota la profonda innovazione attuata dall'imperatore: la revocabilità o meno della donazione — in caso di mancato consenso alle nozze — non sarebbe più dipesa dalla volontà dei privati, che si attuava in epoca classica con la presenza o meno di un patto di restituzione. Con Costantino era la legge, e non i nubendi, a stabilire che si sarebbe persa la donazione se si fosse negato il consenso alle nozze.

Inoltre, a differenza della disciplina classica, non erano riconosciute giuste cause di scioglimento degli sponsali ai fini della revoca delle donazioni.

⁽²²⁾ La seconda parte della costituzione (paragrafi 3 e 4) contempla il caso in cui l'evento impeditivo del matrimonio fosse rappresentato dalla morte di uno dei fidanzati. Al riguardo, Costantino distingueva: in caso di morte del donatario — non rilevando se *sponsus* o *sponsa* —, il donante superstite poteva chiedere la restituzione, sempre. Invece, in caso di morte del donante, potevano chiedere la restituzione soltanto alcuni eredi, ovvero il padre, la madre e i figli nati dal primo matrimonio del defunto; in mancanza di tali eredi, la donazione era irrevocabile. Rimane, anche a proposito di questa costituzione, da chiedersi cosa sarebbe accaduto nell'ipotesi di scioglimento consensuale del fidanzamento. Nel provvedimento non si rinviene alcun riferimento esplicito a ciò. Tuttavia, si può forse ritenere che l'accordo dei fidanzati avrebbe evitato l'applicazione della disciplina, con conseguente accordo in merito alla divisione dei beni.

⁽²³⁾ C.Th. 3,5,2,2: ... *nullis causis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quidquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint. Sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia ad restitutionem seu repetitionem rerum donatarum sufficiat, cum universis causationibus pulsus nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere.*

Nella valutazione di questa disciplina all'interno della politica matrimoniale di Costantino, abbiamo scritto⁽²⁴⁾ che il tentativo dell'imperatore era quello di riaffermare, con maggior vigore, l'intendimento già presente in età classica: fare di tutte le donazioni tra fidanzati, e non soltanto di quelle a cui le parti avevano aggiunto il patto di restituzione, una misura deterrente, uno strumento di dissuasione per chi volesse recedere dal fidanzamento. Non riconoscere, infatti, ipotesi di scioglimento giustificato e sanzionare in ogni caso, con la perdita di quanto dato o con l'obbligo a restituire quanto ricevuto, il fidanzato che avesse negato il consenso, altro non ci appariva se non una forma di coazione alla conclusione delle nozze.

Nel 336, Costantino ritornava a legiferare sulle donazioni a causa della promessa di matrimonio, correggendo la disciplina dettata nel 319:

C.Th. 3,5,6⁽²⁵⁾. Imp. Constantinus A. ad Tiberianum vicarium Hispaniarum. Si a(b sponso) rebus sp(on)sae donatis interveniente osculo ante nubtias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint et quocumque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur: osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso sive heredibus eius restitui. 1 Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo sponsaliorum titulo, quod raro accidit, fuerit aliquid sponso largita et ante nubtias hunc vel illam mori contingerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur. Dat. id. Iul. Constant(ino)p(oli). Accepta XIII k. Mai. Hispali Nepotiano et Facundo cons. (a. 336).

Si tratta della celebre legge dell'*osculum*⁽²⁶⁾, legge con cui Costantino dettava norma per il caso in cui le nozze non si fossero concluse per la morte

⁽²⁴⁾ P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati*, cit., 98 ss.

⁽²⁵⁾ C.Th. 3,5,6 = C. 5,3,16. Imp. Constantinus A. ad Tiberianum vicarium Hispaniarum. Si ab sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint et quocumque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur: osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso sive heredibus eius restitui. 1 Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita et ante nubtias hunc vel illam mori contingerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur. D. id. Iul. Constantinopoli Nepotiano et Facundo cons.

⁽²⁶⁾ Cfr., da ultimo, H. WIELING, *Kuß, Verlobung und Geschenk*, in *Status familiae, Festschrift für Andreas Wacke*, München 2001, 552 ss.

di uno dei fidanzati⁽²⁷⁾. A noi qui preme sottolineare che Costantino dava conto, in questo testo, di una particolare forma di conclusione del fidanzamento: *interveniente osculo* diceva l'imperatore, facendo riferimento ad un rito caratterizzato dallo scambio del bacio tra i nubendi.

3. – Siamo così giunti alla terza puntualizzazione, in cui desideriamo proporre una nuova e diversa interpretazione dell'intervento costantiniano. Da una rilettura dei testi, saremmo ora più inclini a ritenere che, nella politica matrimoniale di Costantino, la perdita delle donazioni, nel caso in cui il donante avesse rotto il fidanzamento, non fosse stata pensata come misura indiretta, inibitoria, volta cioè a spingere i fidanzati a sposarsi⁽²⁸⁾, pur di evitare di perdere ciò che avevano donato o ciò che era stato loro donato.

Nella nostra attuale riflessione, saremmo orientati a vedere nella perdita delle donazioni una vera e propria sanzione a carico di quei nubendi che, sciogliendo il vincolo sponsalizio, dimostravano di non aver vissuto il fidanzamento così come avrebbero dovuto, secondo i nuovi intendimenti imperiali.

Una nuova idea di fidanzamento, dunque.

Anzitutto, nella legge del 336⁽²⁹⁾ si affaccia un fidanzamento concluso con lo scambio, tra i due nubendi, di un bacio⁽³⁰⁾: *interveniente osculo*, afferma Costantino.

(27) Costantino distingueva in relazione al donante. Se la donazione è stata posta in essere dallo *sponsus*, occorre ulteriormente precisare se gli sponsali si fossero conclusi *interveniente osculo* oppure *osculo non interveniente*; nel primo caso, non rilevando se la morte abbia colpito lo *sponsus* o la *sponsa*, la donazione si divideva in due parti uguali: una metà sarebbe spettata al superstite (donante o donatario), l'altra metà agli eredi del nubendo deceduto, senza alcuna preclusione; nel secondo caso, invece, l'intera donazione avrebbe potuto essere revocata dal fidanzato o dai suoi eredi. Se la donazione era effettuata dalla *sponsa*, sia che gli sponsali si fossero conclusi *interveniente osculo* oppure *osculo non interveniente*, la fidanzata donante o i suoi eredi avrebbero potuto ripetere quanto dato.

(28) Sul punto, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 110, parla, seppur a nostro avviso erroneamente a proposito di quello che sarebbe stato un altro tipo di donazioni tra fidanzati — la donazione nuziale —, di «regime penale, tendente a indurre gli sposi alla esecuzione della promessa».

(29) C.Th. 3,5,6.

(30) In ciò aderiamo ad una interpretazione già emersa: L. ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, 299; N. TAMASSIA, *Osculum interveniens. Contributo alla storia dei riti nuziali*, in IDEM, *Scritti di storia giuridica*, III, Padova 1969, 265; E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, in *RISG* 2 (1927), 657 s., ora in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Napoli 1991, 79 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*, cit., 177 ss. Cerimonia di origine cristiana, secondo l'autorevole opinione di J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*. Opus recognitum... opera et studio A. Marvillii, ed. nova, I, Lipsiae 1736, 308 ad C.Th. 3,5,6.

Da una breve ricerca condotta sulle fonti letterarie, cristiane⁽³¹⁾ e non cristiane⁽³²⁾, anteriori a Costantino, l'*osculum* è risultato intrinsecamente legato al matrimonio, alla vita coniugale o al suo inizio, quale elemento del rito nuziale.

Orbene, il fatto che in questa legge Costantino parli di un fidanzamento, e non di un matrimonio, concluso *interveniente osculo*⁽³³⁾, potrebbe significare che egli facesse riferimento ad una particolare forma di cerimonia sponsalizia la quale condivideva, almeno in parte, alcuni aspetti del matrimonio⁽³⁴⁾, quasi una "prova generale", un'anticipazione del matrimonio⁽³⁵⁾.

L'*osculum*, pertanto, non rimanderebbe ad un bacio "casto", ad un bacio tra *infantes*, tra fanciulli non ancora in grado di discernere il senso del gesto, bensì ad un bacio tra individui adulti, puberi, consapevoli di ciò che stavano per compiere e consapevoli in quanto tra essi si era già instaurata una relazione interpersonale, frutto di un precedente periodo di incontri e di familiarità.

Il legislatore avrebbe voluto proporre un nuovo modo di intendere gli sponsali, non più come l'"inizio" di un cammino a due (come sappiamo, spesso molto lungo: non dimentichiamo i fidanzati bambini), sulla strada della conoscenza in vista del matrimonio — quanto poi non ci si conoscesse lo dice, ad esempio, Gregorio di Nissa quando narra che fu il padre

⁽³¹⁾ Ricordiamo, ad esempio, TERT., *orat.* 22 (in Migne, *PL*, I, 1190); *virg. vel.* 11 (in Migne, *PL*, II, 905). Inoltre, A. FERRONI, *In consuetudines Burdigalensium, Commentariorum Libri duo*, Lugduni 1585, IV, *De dote*, 111, citato in N. TAMASSIA, *Osculum interveniens*, cit., 264, che cita *fragmenta quaedam non edita ex Seneca, ubi haec leguntur, quae plane ritum eum detegunt: «Cordubenses nostri, ut maxime laudaverunt nuptias, ita qui sine his convenissent excluderunt cretione hereditatum etiam pactam ne osculo quidem, nisi Cereri fecissent et hymnos cecinissent, adtingi voluerunt; si quis osculo solo, octo parentibus aut vicinis non adhibitis adtigisset, ius erat, ita tamen ut tertia parte bonorum sobolem suam parens, si vellet, multaret».*

⁽³²⁾ Cfr., tra gli altri, LUCR. 4,1192 ss.; MART., *epigr.* 11,98; VAL. MAX. 6,1,4; SERV., *Aen.* 1,256.

⁽³³⁾ Non bisogna poi dimenticare altre fonti, successive a Costantino [AMBR., *epist.* 41,18 (in Migne, *PL*, XVI, 1118); GREG. TUR., *vit. Patr.* 20,1 (in Migne, *PL*, LXXI, 1093); L. Syro-Rom. 91; Nov. XXIV. Imp. A. Comneni. *De sponsalibus* (a. 1084), in *Ius Graecoromanum*, I, 305 ss.; Nov. XXXI. Imp. A. Comneni. *De sponsalium dissolutione* (a. 1092), in *Ius Graecoromanum*, I, 319 ss.], in cui è documentata l'esistenza di un rito sponsalizio caratterizzato proprio dallo scambio del bacio.

⁽³⁴⁾ Al riguardo, Ambrogio (AMBR., *epist.* 41,18, in Migne, *PL*, XVI, 1118) definiva l'*osculum* sponsalizio come *pignus nuptiarum (et praerogativa coniugii)*, ovvero come una anticipazione del vincolo nuziale, verosimilmente intervenuta tra soggetti che dovevano avere, almeno in parte, le stesse caratteristiche dei coniugi.

⁽³⁵⁾ Cfr., in questo senso, N. TAMASSIA, *Osculum interveniens*, cit., 265; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in *Iura* 29 (1978), ora in IDEM, *Studi*, cit., II, 146 (da ora citato come *Studi*); R. ASTOLFI, *Il fidanzamento*, cit., 177 ss.

di Macrina a scegliere, tra i numerosi pretendenti, quello che eccelleva per la condotta di vita⁽³⁶⁾, nonché Crisostomo quando afferma che le donne, chiuse in casa, non scorgevano il futuro coniuge se non il giorno stesso delle nozze⁽³⁷⁾, e infine Agostino il quale testimonia che la madre, giunta all'età matura per le nozze, fu consegnata dai genitori ad un uomo⁽³⁸⁾ —. Il legislatore avrebbe inteso piuttosto gli sponsali come la "conclusione" di un percorso di conoscenza vera che doveva precedere, e non seguire, gli sponsali.

Vediamo di sostenere l'assunto. Già nella parte centrale della costituzione del 319⁽³⁹⁾, si afferma, a proposito della perdita delle donazioni nel caso in cui si fossero sciolti gli sponsali, che non si dovevano invocare i *mores* o l'*origo*, cioè la condotta di vita, i modelli comportamentali, le abitudini assunte, il carattere dell'altra persona oppure l'estrazione sociale, il ceto di appartenenza, il popolo di origine. E non ci si doveva richiamare ai *mores* o all'*origo* o a qualsivoglia altro aspetto che non si ritenesse confacente a sé, in quanto *cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint*, cioè in quanto tutte queste cose dovevano essere previste molto tempo prima che il fidanzamento venisse concluso.

Dunque, anche dal testo del 319, benché Costantino non facesse riferimento agli sponsali conclusi *interveniente osculo*, pare che l'imperatore concepisse il fidanzamento come il momento conclusivo di un periodo di frequentazione e di incontri, necessario alla verifica della compatibilità tra i rispettivi caratteri, abitudini, modi di vita e inclinazioni. Un periodo concepito come essenziale, a tal punto da sanzionarne il mancato compimento.

Sulla base di questi rilievi, può acquistare un diverso significato, forse più verosimile, il dato rappresentato dall'impossibilità di invocare giuste cause di scioglimento degli sponsali⁽⁴⁰⁾. Costantino suggellava con la perdita di quanto dato e con l'obbligo a restituire quanto ricevuto soltanto colui il quale avesse sciolto il vincolo sponsalizio, indipendentemente dalle ragioni che lo avevano spinto: *sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia... nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere*, afferma a conclusione del par. 2.

⁽³⁶⁾ GR. NYSS., v. *Macr.* (in Migne, *PG*, XLVII, 964).

⁽³⁷⁾ CHRYS., *laud. Max.* 3 (in Migne, *PG*, LI, 230). Cfr., sempre in argomento, CHRYS., *virg.* 57 (in Migne, *PG*, XLVIII, 578).

⁽³⁸⁾ AUG., *conf.* 9,9,19.

⁽³⁹⁾ C.Th. 3,5,2.

⁽⁴⁰⁾ *Contra*, tra gli altri, F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova 1876, 384; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino 1925², 28. Invece, P. VOCI, *Studi*, cit., II, 146, individua l'unica causa di scioglimento senza pena nella morte.

Questa disciplina è certamente sanzionatoria. Tuttavia, il fatto che non potessero essere ammesse giuste cause di scioglimento (in tal caso il donante avrebbe potuto ripetere la donazione fatta), potrebbe significare che l'intenzione di Costantino non fosse necessariamente quella di indurre i nubendi alla conclusione del matrimonio. Noi siamo piuttosto inclini a scorgere in questa misura — giova ribadire: l'impossibilità di addurre giuste cause di scioglimento per poter ripetere le donazioni — una autentica sanzione a carico di quei fidanzati che, prima di pervenire agli sponsali, non avessero adeguatamente ponderato.

Questa interpretazione trova conferma laddove Costantino, come detto, asseriva che i *mores* e l'*origo*, cioè la condotta di vita, i modelli comportamentali, le abitudini, il carattere, l'estrazione sociale, il ceto di appartenenza, dovessero essere valutati precedentemente l'assunzione del vincolo sponsalizio. In altri termini, la perdita delle donazioni appare come la giusta sanzione per una scelta superficiale, affrettata, forse dettata da altre ragioni, non escluse proprio quelle ragioni di alleanza politica ed economica che avevano contrassegnato e che continuavano a contrassegnare i matrimoni romani.

Infine, l'interpretazione avanzata pare trovare un ulteriore appoggio nel pensiero degli scrittori cristiani, precedenti e posteriori a Costantino. Infatti, in questi registriamo due precise esortazioni: in primo luogo, l'invito rivolto ai fidanzati di giungere alle nozze soltanto dopo una attenta e meditata riflessione. Crisostomo, affiancando matrimonio e compravendita, consiglia ai nubendi di non tralasciare nulla riguardo alle nozze, alla stregua dei compratori, i quali, sul punto di acquistare case e schiavi, esaminano con meticolosa attenzione il venditore e il precedente proprietario, perfino la loro costituzione fisica e la loro indole⁽⁴¹⁾.

In secondo luogo, si rinviene il suggerimento di non scegliere il coniuge sulla base delle ricchezze, della condizione economica o sociale: Tertulliano, ad esempio, incoraggia le giovani donne, di condizione agiata, a scegliere il futuro marito sulla base della religione da questo praticata piuttosto che sui beni posseduti⁽⁴²⁾; e Crisostomo afferma che non bisogna

(41) CHRYS., *laud. Max.* 1 (in Migne, *PG*, LI, 226): *Εἰ γὰρ οἰκίας ὄνεϊσθαι μέλλοντες καὶ οἰκέτας, περιεργαζόμεθα καὶ πολυπραγμονοῦμεν τοὺς τε πωλοῦντας, τοὺς τε ἔμπροσθεν κτησαμένους, αὐτῶν τῶν πωλουμένων τῶν μὲν τὴν κατασκευὴν, τῶν δὲ καὶ τὴν τοῦ σώματος ἕξιν, καὶ τὴν τῆς ψυχῆς προαίρεσιν πολλῶ μᾶλλον γυναικας μέλλοντας ἄγεσθαι, πρόνοιαν τοσαύτην καὶ πολλῶ πλείονα ἐπιδείκνωσθαι χρή.*

(42) TERT., *uxor.* 2,8 (in Migne, *PL*, I, 1301 s.): *Pleraque et genere nobiles et re beatae passim ignobilibus et mediocribus ibi conjunguntur ad luxuriam inventis aut ad licentiam sectis. Nonnullae se libertis et servis suis conferunt, omnium hominum existimatione despecta, dummodo habeant a quibus nullum impedimentum libertatis suae timeant. Christianam fidelem fideli re minori nubere piget, locupletiolem futuram in viro paupere? Nam si pauperum sunt regna coelorum, quia divitum non sunt, plus dives in paupere inveniet majore dote. Sit illa ex aequo in terris, quae in coelis forsitan non erit.*

cercare il denaro, ma la pace e la lieta compagnia; per questo sarebbe stato istituito il matrimonio, non per riempire le case di risse e di lotte, non per aver litigi e contese, non perché i coniugi si sollevino l'uno contro l'altro, rendendo la vita insopportabile, ma abbiano un porto, un rifugio, un conforto di fronte alle avversità. Del resto, si chiede lo scrittore cristiano, quanti uomini ricchi, sposati con donne benestanti, pur avendo accresciuto il patrimonio familiare, hanno distrutto l'affetto e la concordia, litigando quotidianamente perfino a tavola con continue contese? ⁽⁴³⁾. Ancora Crisostomo ribadisce, a proposito della scelta del coniuge, che alla ricchezza, allo splendore di stirpe e alla grandezza di patria occorre preferire la pietà dell'anima, la mansuetudine, la vera prudenza, il timore di Dio. Infatti, conclude, se un padre cerca per la propria figlia un uomo più ricco, non soltanto non le gioverà, ma la danneggerà, rendendola schiava anziché libera: dall'oro non ricaverà tanto piacere quanto sarà il dispiacere che le deriverà dall'essere schiava ⁽⁴⁴⁾.

In conclusione, l'anticipazione dell'*osculum*, segno del matrimonio, ad una particolare forma di sponsali, nonché il compimento, durante la cerimonia di fidanzamento o in un periodo successivo, delle donazioni da parte dei fidanzati stessi (o dei loro aventi potestà), quasi a suggellare la loro intenzione di concludere le nozze, ben sapendo che cosa sarebbe accaduto se queste ultime fossero state rifiutate; ancora, l'impossibilità di addurre giuste

⁽⁴³⁾ CHRYS., *laud. Max.* 4 (in Migne, PG, LI, 231 s.): *Μὴ τοίνυν τοῦτο ζητῶμεν ὅπως χρήματα ἔχομεν, ἀλλ' ὅπως εἰρήνην, ὅπως ἡδονῆς ἀπολαύομεν διὰ τοῦτο γάμος, οὐχ ἵνα πολέμου καὶ μάχης τὰς οἰκίας ἐμπιπλῶμεν, οὐχ ἵνα ἔρεις καὶ φιλονεικίας ἔχομεν, οὐχ ἵνα πρὸς ἀλλήλους διαστασιάζωμεν, καὶ ἀβίωτον τὸν ποιῶμεν, ἀλλὰ ἵνα βοηθείας ἀπολαύομεν, καὶ λιμένα ἔχομεν καὶ καταφυγὴν, καὶ παραμυθίαν τῶν ἐπικειμένων κακῶν, ἵνα μεθ' ἡδονῆς τῇ γυναικὶ διαλεγώμεθα. Πόσοι πλουτοῦντες, γυναῖκας λαβόντες εὐπόρους, τὴν οὐσίαν αὐξήσαντες, τὴν ἡδονὴν καὶ τὴν ὁμόνοιαν κατέλυσαν, καθημερινὰς μάκας ἐπὶ τῆς τραπέζης ποιούμενοι, φιλονεικίας ἔχοντες; πόσοι πένητες πενεστέρας λαβόντες, εἰρήνης ἀπολαύουσι, καὶ μετ' εὐφροσύνης πολλῆς τὸν ἥλιον τοῦτον βλέπουσιν οἱ δὲ εὐποροὶ, πανταχόθεν αὐτοῖς περικειμένης τροφῆς, διὰ τὰς γυναῖκας ἤξζαντο πολλάκις ἀποθανεῖν, καὶ τῆς παρουσίας ἀπαλλαγῆναι θωῆς; οὕτως οὐδὲν χρημάτων ὄφελος, ὅταν ψυχῆς μὴ ἐπιτηγχνάωμεν ἀγαθῆς. Καὶ τί χρὴ λέγειν περὶ εἰρήνης καὶ ὁμοιοῦς; Καὶ γὰρ εἰς αὐτὴν τῶν χρημάτων τὴν κτήσιν πολλάκις τὸ πλουσιώτερον λαβεῖν ἡμᾶς παρέβλαψεν. Cfr. anche CHRYS., *laud. Max.* 5 (in Migne, PG, LI, 232): *Ταῦτ' οὖν ἅπαντα ἐννοῦντες, μὴ χρήματα περισκοπῶμεν, ἀλλὰ τρόπον ἐπιείκειαν, καὶ σεμνότητα καὶ σωφροσύνην. Γυνὴ γὰρ σὺφρων, καὶ ἐπιεικὴς καὶ μετρία, κὰν πένης ἢ τὴν πενίαν πλουτοῦν βέλτιον διαθεῖναι δυνήσεται ὥσπερ ἡ διεφθαρμένη, καὶ ἀκόλαστος, καὶ φίλερις, κὰν μυρίου εἴρη θησαυροῦς ἔνδον κειμένου, ἀνέμον παντὸς τάχιον αὐτοῦς ἐκφωσῆσασα, καὶ συμφοραῖς μυρίας μετὰ τῆς πενίας περιβάλλει τὸν ἄνδρα. Μὴ τοίνυν πλουτοῦν ζητῶμεν, ἀλλὰ τὴν χρησομένην καλῶς τοῖς οὐσί.**

⁽⁴⁴⁾ CHRYS., *hom. XII in Col.* 7 (in Migne, PG, LXII, 390): *μὴ χρήματα ζητεῖ, μὴ γένους λαμπρότητα, μὴ πατρίδος μέγεθος, πάντα ταῦτα περιττά, ἀλλὰ ψυχῆς εὐλάβειαν, ἐπιείκειαν, τὴν ἀληθῆ σύνεσιν, τοῦ Θεοῦ τὸν φόβον, εἰ βούλει μεθ' ἡδονῆς τὸ θυγάτριον ζῆν. Πλουσιώτερον γὰρ ζητοῦσα, οὐ μόνον αὐτὴν οὐκ ὠφελήσεις, ἀλλὰ καὶ βλάψεις, δούλην ἀντ' ἐλευθέρως ποιοῦσα. Οὐ τοσαύτην γὰρ ἀπὸ τῶν χρυσίων καρπώσεται τὴν ἡδονὴν, ὅσην ἀπὸ τοῦ δουλεύειν τὴν ἀνδρίαν.*

cause di scioglimento del vincolo e, con essa, l'impossibilità di trattenerne o di ripetere la donazione; infine, le testimonianze degli scrittori cristiani.

Tutti questi elementi, ora citati, sembrano indizi non trascurabili del fatto che Costantino abbia perseguito una concezione del fidanzamento profondamente diversa da quella classica: non più un atto esclusivo di genitori e parenti i quali, tramite il legame sponsalizio e la disciplina delle donazioni, avrebbero finito per decidere del futuro di nubendi giovani o giovanissimi, spesso ancora impuberi, al solo scopo di allacciare legami e alleanze politiche e famigliari.

Al contrario, Costantino avrebbe pensato il fidanzamento come atto dei fidanzati, certo compiuto, soprattutto per quanto riguarda la *sponsa*, con l'intermediazione dei genitori, ma che principalmente avrebbe dovuto essere atto dei nubendi, da compiersi solo al termine di una relazione interpersonale da tempo avviata e verificata, in vista del matrimonio. In altri termini, il fidanzamento come un pre-matrimonio, concluso tra soggetti adulti e puberi.

In questa prospettiva, la disciplina delle donazioni tra fidanzati, che si ricava dalle due leggi⁽⁴⁵⁾, si inscriverebbe non all'interno di una politica matrimoniale volta a favorire la conclusione, "ad ogni costo" dovremmo dire, delle nozze, facendo leva sul timore di perdere la donazione, bensì si porrebbe all'interno di una politica matrimoniale che, con ogni verosimiglianza fin dal 319⁽⁴⁶⁾, si prefiggeva l'indissolubilità del vincolo coniugale, ma che aveva ben compreso che tale indissolubilità si sarebbe potuta ottenere soltanto predisponendo le condizioni necessarie affinché le nozze durassero: un fidanzamento rifondato.

ABSTRACT

The author examines two laws enacted by Constantine in the conjugal politics of the Christian Emperor, suggesting a different interpretation from the one put forward in the monography about gifts between fiancés. Principal texts: C.Th. 3,5,2; C.Th. 3,5,6; TERT., *uxor.* 2,8; CHRYS., *laud. Max.* 1; 4; 5; *hom. XII in Col.* 7.

L'autore esamina due provvedimenti di Costantino all'interno della politica matrimoniale dell'Imperatore cristiano, proponendo una lettura diversa da quella espressa nella monografia sulle donazioni tra fidanzati. Testi principali: C.Th. 3,5,2; C.Th. 3,5,6; TERT., *uxor.* 2,8; CHRYS., *laud. Max.* 1; 4; 5; *hom. XII in Col.* 7.

⁽⁴⁵⁾ C.Th. 3,5,2 e C.Th. 3,5,6.

⁽⁴⁶⁾ C.Th. 3,5,2.

COSTANZA BERNASCONI

LE DISPOSIZIONI SANZIONATORIE DEL DIVIETO DI RICOSTITUZIONE DEL PARTITO FASCISTA A CINQUANT'ANNI DALLA LORO ENTRATA IN VIGORE

SOMMARIO: 1. Le fattispecie incriminative previste dalla legge Scelba: una prima ricognizione dei problemi interpretativi e di legittimità costituzionale — 2. Il concetto di riorganizzazione del disciolto partito fascista. — 2.1. Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie che sanziona la ricostituzione del disciolto partito fascista. — 2.2. La condotta del reato. — 2.3. I rapporti con altri reati. — 3. Le fattispecie penali “minori” previste dalla l. n. 645/1952 nella “rilettura” proposta dalla Corte costituzionale. — 3.1. La fattispecie di apologia del fascismo. — 3.2. Il divieto di manifestazioni fasciste.

1. *Le fattispecie incriminative previste dalla legge Scelba: una prima ricognizione dei problemi interpretativi e di legittimità costituzionale.*

Il divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista posto dalla dodicesima disposizione transitoria della Costituzione ha trovato la sua concreta attuazione nel combinato disposto degli articoli 1 e 2 della legge 20 giugno 1952, n. 645. La norma di apertura della suddetta legge n. 645/1952 individua, infatti, i presupposti in presenza dei quali si può parlare di riorganizzazione del partito fascista ⁽¹⁾, attraverso la descrizione delle

⁽¹⁾ L'art. 1, intitolato, appunto, “*Riorganizzazione del disciolto partito fascista*”, stabilisce che “*Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista*”.

caratteristiche oggettive e delle finalità di un'associazione o movimento, in presenza dei quali deve, appunto, ritenersi violato il precetto posto dalla dodicesima disposizione transitoria e finale della Costituzione, contribuendo, al contempo, all'esatta delimitazione dei confini oggettivi della fattispecie descritta al successivo art. 2. Si affiancano poi, nell'impianto della succitata normativa, alcune disposizioni volte a sanzionare manifestazioni "minori" che appaiano, comunque, chiaramente riconducibili all'ideologia fascista.

Senonché, l'esatta delimitazione della portata delle ipotesi delittuose in oggetto ha da sempre sollevato numerosi e rilevanti problemi interpretativi, legati, oltre che alla intrinseca delicatezza della materia, condivisa dalla maggioranza dei reati c.d. politici, soprattutto alla progressiva presa di coscienza del carattere in parte anacronistico di disposizioni storicamente condizionate, nella loro genesi, dalla ferma volontà di esorcizzare nella forma più radicale possibile lo spettro della ricostituzione del partito fascista all'indomani della sua caduta ⁽²⁾. E ciò attraverso la costruzione di fattispecie riconducibili al novero dei c.d. reati di mero pericolo, non di rado astratto, per di più connotati in larga misura, nel caso di specie, dall'impiego di elementi extragiuridici di natura politica, sì da impegnare ripetutamente dottrina e giurisprudenza nella soluzione di problemi di compatibilità con taluni principi generali desumibili dalla Costituzione — ci si riferisce, in particolare, al principio di offensività e al principio di libera manifestazione del pensiero — oltre che di problemi connessi ai delicati rapporti con talune fattispecie previste nel codice e nella successiva legislazione speciale.

In tale prospettiva si comprendono, dunque, non solo i ripetuti appelli della dottrina, ma anche le ricorrenti pronunce della Corte costituzionale, tutti accomunati dallo sforzo di contribuire all'affermarsi di indirizzi interpretativi viepiù conformi ad un concetto costituzionalmente orientato di reato.

2. Il concetto di riorganizzazione del disciolto partito fascista.

Come anticipato, l'art. 1 della legge n. 645/1952 precisa il concetto di riorganizzazione del disciolto partito fascista, presupposto necessario per la corretta individuazione dello spettro applicativo della fattispecie contem-

⁽²⁾ In questa prospettiva vi è addirittura chi (S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1973, 1672) parla di "natura emozionale" della XII disp. trans. Cost., "tributaria alle passioni del momento".

In merito al dibattito sull'utilità della permanenza nel nostro sistema giuridico dell'apparato repressivo predisposto dalla legge n. 645/1952 cfr., per tutti, A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, in particolare 137, e 151.

plata dall'articolo successivo. Tuttavia, siffatta definizione fornita dal legislatore è stata vivacemente criticata dalla dottrina, in quanto giudicata "confusa, ambigua e pericolosamente legata a concetti non giuridici" ⁽³⁾.

Il primo elemento suscettibile di connotare l'ipotesi *de quo* viene individuato identificando i possibili soggetti attivi della condotta in associazioni, movimenti o, a seguito della modifica introdotta dalla legge 22 maggio 1975, n. 152, gruppi di persone non inferiori a cinque. Si tratta, in altre parole, di una fattispecie necessariamente plurisoggettiva. Sennonché, alla luce di siffatta descrizione, il requisito in esame parrebbe dotato in sé di modesta capacità selettiva, potendo venire in considerazione anche organizzazioni informali e di ridotte dimensioni; tanto che, come è stato precisato ⁽⁴⁾, il reato previsto dagli artt. 1 e 2 l. 20 giugno 1952, n. 645, può "essere commesso anche da una collettività di modeste proporzioni, in cui il ruolo di promotore può essere svolto anche da una sola persona". A ciò si aggiunga che la disposizione in esame non dice nulla quanto all'aspetto «esteriore» dell'organizzazione, che si ritiene possa essere anche quello di un'associazione non direttamente politica ⁽⁵⁾.

Nondimeno, è necessario tenere presente che, al fine di connotare maggiormente la fattispecie in esame, il legislatore ha descritto la stessa come reato associativo a struttura mista o complessa ⁽⁶⁾. Si tratterebbe, cioè, di un illecito in cui la norma incriminatrice non punisce la semplice costituzione della struttura organizzativa in quanto tale, bensì la contestuale sussistenza di un *quid pluris* rispetto al fatto istitutivo; dalla formulazione letterale dell'art. 1 si evince, infatti, che l'associazione fascista risulta punibile solo quando le condotte espressamente tipizzate come caratterizzanti il programma dell'organizzazione "siano state *effettivamente* poste in essere da parte dei componenti l'associazione" ⁽⁷⁾. E ciò a differenza del modello descrittivo adottato nella configurazione di altre ipotesi associative che risultano, viceversa, incriminate anche quando non sia ancora stato posto in essere alcun comportamento volto a dare concreta attuazione al programma eversivo ⁽⁸⁾. Di talché, per la sussistenza del reato in oggetto non sarà

⁽³⁾ In questo senso, per tutti, P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1973, 722.

⁽⁴⁾ Cass., II, 5 dicembre 1977, Venezia, in *Cass. pen.*, 1979, 964; nello stesso senso Cass., II, 20 aprile 1979, Occhini, in *Giust. pen.*, 1980, II, 572.

⁽⁵⁾ In questo senso espressamente, PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 723.

⁽⁶⁾ Per tale definizione cfr. G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1996, 2, nonché G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1164.

⁽⁷⁾ Così espressamente G.A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica, Costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, 1985, 109. Nello stesso senso G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 322.

⁽⁸⁾ G.A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 109.

sufficiente che le suddette condotte siano puramente e semplicemente oggetto del programma associativo, ma occorrerà che esse siano realizzate dagli associati che, in tal modo, “rendono oggettiva testimonianza del carattere neofascista del sodalizio” (9).

Per quanto concerne le specifiche modalità di realizzazione della condotta idonee ad integrare la fattispecie di ricostruzione del disciolto partito fascista, l'art. 1 delinea tre diverse ipotesi, tra loro, peraltro, alternative e non cumulative (10): il perseguire finalità antidemocratiche, nelle forme specificamente indicate; l'esaltare il Partito Fascista nei suoi diversi aspetti; il compiere manifestazioni fasciste. Il primo tipo di condotta, a sua volta, può essere realizzato, sempre in via alternativa, attraverso l'esaltazione, la minaccia o l'uso della violenza quale metodo di lotta politica ovvero propugnando la soppressione delle libertà costituzionali o mediante la denigrazione della democrazia, delle sue istituzioni e dei valori della resistenza oppure, infine, attraverso lo svolgimento di propaganda razzista (11). Tali condotte, peraltro, si ritiene debbano avere un "carattere di *abitualità programmatica*, in modo da qualificare l'associazione" (12), ad esclusione, dunque, di manifestazioni episodiche od isolate.

Ciò premesso, si comprende, comunque, come non tutte le modalità di realizzazione del reato appaiono di identico tenore; ve ne sono, infatti, talune maggiormente prossime, in termini di lesività, al bene giuridico tutelato (ad esempio, l'esaltazione, la minaccia, l'uso della violenza, ecc.), mentre altre si pongono indubbiamente più lontano, in quanto attinenti a forme di manifestazione del pensiero, come ad esempio, la denigrazione della democrazia o dei valori della resistenza (13); tanto che autorevole dottrina già in passato aveva messo in dubbio la legittimità costituzionale di talune possibili forme di estrinsecazione delle suddette condotte, per possibile contrasto con l'art. 21 Cost. (14).

Proprio, dunque, allo scopo di evitare che la norma in oggetto possa essere utilizzata per incriminare la mera manifestazione del pensiero, anche là dove si tratti di pensiero fascista (15), parte della dottrina e della giurisprudenza

(9) G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 3.

(10) In questo senso cfr., per tutti, MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 142. Nella giurisprudenza cfr., per tutte, Cass., I, 16 marzo 1978, Luccino, in *Cass. pen.* 1980, 1214.

(11) Sul punto cfr., *amplius*, NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, ne *L'Indice pen.*, 1972, 311 ss.

(12) P. NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 311.

(13) MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 143.

(14) P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 53 ss., *Id.*, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 310 ss.

(15) Nel senso che debba considerarsi esente da qualsiasi sanzione la professione di idee fasciste, la quale si mantenga nei confini del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, riconosciuto a tutti dalla Costituzione S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, cit., 1672, 1673.

ritengono che tutte le condotte tipizzate debbano, in ogni caso, essere idonee a realizzare il risultato descritto, ovvero, detto in altri termini, debbano essere *concretamente pericolose* rispetto alla paventata ricostituzione del partito fascista. E ciò, se non altro perché, come è stato rilevato, “il minimo che si possa chiedere, è che l’interprete, posto di fronte a fattispecie incriminatici un tempo sbrigativamente ricondotte al cosiddetto pericolo presunto, ne tenga presente sotto quel sospetto profilo la dubbia legittimità, e ne attui di conseguenza una lettura in linea, per quanto possibile, con i principi della Costituzione” (16).

Anche la giurisprudenza ha più volte precisato che la condotta deve comunque essere almeno concretamente idonea a determinare il risultato. Questo significa che dall’azione dovrebbe essere possibile desumere, in base alle regole di comune esperienza, “la rilevante possibilità, e quindi la probabilità del verificarsi di un evento dannoso per il bene tutelato. Il relativo giudizio deve essere pertanto riferito non all’evento, che può anche non verificarsi, ma al momento in cui l’azione viene compiuta” (17). In altre parole e come già anticipato, la norma non intende incriminare la libera manifestazione del pensiero, anche quando si tratti di pensiero fascista, ma solo il pericolo di una possibile ricostituzione di un partito, avente gli stessi metodi e gli stessi scopi del fascismo (18); e l’idoneità dell’azione volta alla ricostruzione del disciolto partito fascista andrebbe, appunto, desunta dalla probabilità, valutata all’atto del compimento dell’azione stessa, che l’evento verso cui essa tende possa verificarsi (19). In applicazione di tali principi, per esempio, la Cassazione ha ritenuto non seriamente verificabile la riorganizzazione del partito fascista ad opera di un modesto gruppo di persone che svolgano anche stabilmente attività, pur per altri versi penalmente illecite, in un luogo circoscritto, prive di seguito e di risonanza, ed in vista di finalità che non si proiettino al di là delle angusta mura cittadine (20).

(16) A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, ne *L’indice pen.*, 1977, 236.

(17) Cass., II, 5 marzo 1982, Graziani, in *Cass. pen.*, 1983, 1652; per la necessaria pericolosità in concreto della condotta cfr., altresì, Cass., II, 27 ottobre 1980, Alemanno, in *Giust. pen.*, 1981, II, 586; Tribunale di Bari, 1 febbraio 1979, Modola, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 317.

(18) In questo senso, espressamente, Cass., II, 5.3.1982, Graziani, cit. Analogamente, nella dottrina, M. SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1959, 171.

(19) Cass., II, 27 ottobre 1980, Alemanno, cit.

(20) A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 228. Nondimeno, in altra occasione è stata, viceversa, ravvisata la sussistenza del reato *de quo* nell’organizzazione di squadre giovanili, con disponibilità di armi improprie, diffusione di scritti apologetici del disciolto partito fascista e diretti ad istigare alla insurrezione contro i poteri dello Stato, con uso di violenza contro avversari politici (Cass., II, 20 aprile 1979, Occhini, in *Cass. pen.*, 1981, 645).

Invero, siffatta impostazione non risulta unanimemente condivisa. Parte della giurisprudenza, infatti, caratterizzata da un ferreo rigore interpretativo, muovendo dalla considerazione che il dato testuale della norma non indica nessuna di quelle particolari espressioni («se dal fatto deriva il pericolo di..», «in modo da cagionare il pericolo di..») consuete nella formulazione dei reati di pericolo concreto, conclude per la natura astratta o presunta dell'incriminazione in oggetto ⁽²¹⁾. Dal ché si dovrebbe desumere che l'indagine del giudicante debba limitarsi alla verifica della conformità della condotta al modello legale, essendogli preclusa la valutazione della possibilità che dal fatto storico derivi un pregiudizio per il bene protetto ⁽²²⁾. Sennonché a tali sequenze argomentative parte della dottrina replica osservando come anche nell'ambito dei reati in relazione ai quali la pericolosità sia meramente presunta (e si cita, in termini generali, l'esempio del delitto di incendio) è comunque necessario verificare l'astratta idoneità della condotta a realizzare il pericolo ipotizzato dalla norma. Di talché, anche a voler propendere per siffatta qualificazione teorica, «non ogni condotta di promozione e di organizzazione di associazioni o movimenti anche in «forme embrionali» sarà punibile, bensì lo sarà soltanto quella condotta che si riveli idonea a mettere capo ad una organizzazione del partito fascista» ⁽²³⁾.

2.1. *La rilevanza "oggettiva" del fine: il perseguimento di finalità antidemocratiche proprie del partito fascista*

Un'ulteriore connotazione della struttura organizzativa vietata dalla disposizione in esame è rappresentata dalla direzione oggettiva della condotta al perseguimento di finalità antidemocratiche proprie del partito fascista. Essa parrebbe, infatti, condizionare in larga misura il carattere illecito dell'associazione, rivestendo un ruolo decisivo nella struttura della fattispecie; tanto che, come è stato osservato ⁽²⁴⁾, ad un primo esame della disposizione parrebbe addirittura che lo stabile orientamento oggettivo della condotta associativa «caratterizzi necessariamente, indefettibilmente, non solo le tipiche modalità comportamentali espresse lessicalmente con una serie di gerundi, ma anche quelle ipotizzate per il tramite di voci verbali all'indicativo» ⁽²⁵⁾. In tale prospettiva, ne conseguirebbe che anche le ultime

⁽²¹⁾ Tribunale di Bologna, 17 dicembre 1975, Occhini, in *Crit. pen.*, 1976, 73 ss.

⁽²²⁾ Tribunale di Bologna, 17 dicembre 1975, Occhini, cit., 85.

⁽²³⁾ R. RICCIOTTI, *Brevi considerazioni sul delitto di riorganizzazione del Partito Fascista*, in *Crit. pen.*, 1976, 94.

⁽²⁴⁾ A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 214.

⁽²⁵⁾ In questo senso cfr., peraltro, Tribunale di Padova, 16 luglio 1976, Alemanno, in *Giur. it.*, 1978, II, 35 ss.

due attività delineate dalla norma in esame — vale a dire, l'esaltazione di entità riferite al partito fascista e il compimento di sue manifestazioni esteriori — “in tanto possano penalmente rilevare, in quanto siano rette oggettivamente, a loro volta, dal perseguimento di finalità antidemocratiche proprie del partito fascista” (26). Potrebbe, infatti, apparire difficilmente comprensibile che “nel contesto di una stessa norma l'un gruppo di condotte venga posto su un piano sensibilmente così diverso rispetto alle altre” e che per le une “si richieda, oltre a particolari modalità, anche una precisa direzione oggettiva, ovverosia il perseguimento delle predette finalità antidemocratiche, e che a tale decisiva connotazione si rinunci tranquillamente, invece, per le altre” (27). Nondimeno, un più attento esame parrebbe indurre a ritenere preferibile la tesi che considera le ultime due tipologie di condotte svincolate dalla comune direzione oggettiva richiesta per le altre (28). E ciò, innanzitutto, perché l'ostacolo di ordine testuale parrebbe difficilmente superabile; in secondo luogo, poiché sembrerebbe verosimile che il legislatore abbia reputato tali condotte — l'esaltazione di entità riferite al partito fascista ed il compimento di certe tipiche manifestazioni esteriori — così pregnanti in sé e per sé, da rendere superfluo il richiamo a quelle particolari finalità cui le altre invece soggiacciono (29). In altre parole, il legislatore sarebbe ricorso all'elemento finalistico solo là dove i comportamenti punibili potevano non essere esclusivi del partito fascista (30). A tale considerazione si aggiunge il fatto che le attività in esame assumono rilevanza ai sensi dell'art. 1 solo in quanto compiute come proiezione della preordinata struttura associativa (31) e, dunque, proprio per questo motivo, si differenziano dalle comuni condotte di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste, previste e sanzionate da altre disposizioni.

Ciò premesso, si tratta comunque di individuare con precisione le «finalità antidemocratiche proprie del partito fascista», il cui perseguimento sicuramente condiziona la rilevanza penale delle condotte individuate dalla prima parte dell'art. 1. La dottrina parrebbe orientata nel senso di considerare antidemocratica quell'associazione che tende a sopprimere il principio della rappresentatività elettiva popolare e del pluralismo

(26) Per un'analisi di questa possibile opzione interpretativa cfr., per tutti, A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 214.

(27) A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 215.

(28) A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 215.

(29) In questo senso, espressamente, A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 215; nello stesso senso cfr. anche PETTA, *Le associazioni anti-costituzionali* cit., 726.

(30) Così R. PUNZO, *In tema di riorganizzazione del partito fascista*, in *Giur. it.*, 1978, II, 38.

(31) VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 917; A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 216.

ideologico e partitico ⁽³²⁾. E ciò perché, come è stato rilevato ⁽³³⁾, l'essenza del neofascismo, ai fini di una qualificazione giuridico-penale, può essere agevolmente individuata nella dichiarata ostilità ai due valori tradizionali della democrazia liberale; vale a dire, la presenza nella vita politica di una pluralità di partiti politici ed il principio della libera rappresentatività elettiva popolare.

2.2. *Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie che incrimina la ricostituzione del disciolto partito fascista.*

La fattispecie che scaturisce dal combinato disposto del primo e secondo articolo della legge in esame ha la funzione di impedire la pericolosa presenza politica di un'associazione, di un movimento o altro gruppo organizzato di persone in cui si incarni la riorganizzazione del partito fascista, con ciò sanzionando penalmente il divieto contenuto nella XII disposizione transitoria e finale della Costituzione. Il bene giuridico tutelato dalla norma in esame è, dunque, ravvisabile nella "sicurezza dell'ordinamento democratico dello Stato" ⁽³⁴⁾, che "esclude ogni forma di dispotismo e si fonda sulla libertà ed uguaglianza dei cittadini, sulla volontà della maggioranza e sull'esercizio dell'opposizione" ⁽³⁵⁾.

In tale prospettiva si comprende allora perché, come anticipato, ai fini dell'accertamento dell'esistenza del reato, si è spesso ritenuto necessario valutare di volta in volta "la consistenza e la portata delle attività realizzate, pur se corrispondenti al tipo descritto dalla legge, non potendosi qualificare come penalmente rilevanti fatti che non si rivelino concretamente lesivi o pericolosi per l'interesse tutelato dalla norma" ⁽³⁶⁾. Con la conseguenza che, almeno secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, non dovrà considerarsi vietata, ai sensi dell'art. 1 della legge 20 giugno 1952, n. 645, "la costituzione e l'attività di movimenti che facciano propria non l'intera ideologia del disciolto partito fascista, ma soltanto alcuni punti programmatici dello stesso" ⁽³⁷⁾. Analogamente dovrebbe considerarsi esente da qualsia-

⁽³²⁾ In questo senso espressamente NUVOLONE, *Il delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 311; nello stesso senso A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 220.

⁽³³⁾ A. CALVI, *op. loc. ult. cit.*, 220.

⁽³⁴⁾ Sul punto, *amplius*, MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 141, 142.

⁽³⁵⁾ Tribunale di Roma, 9 febbraio 1974, Graziani, in *Giur. cost.*, 1974, 472 ss., con nota di P. PETTA, *Il primo caso di applicazione della «Legge scelba»*, *ivi*, 473 ss.

⁽³⁶⁾ Tribunale di Bari, 1 febbraio 1978, Modola, cit., 317.

⁽³⁷⁾ Cass., II, 27 ottobre 1980, Alemanno, cit.; in dottrina, nello stesso senso, cfr., per esempio, A. CATTEDRA, *Alcune «cautelae» in materia di tutela penale della legislazione antifascista*, in *Riv. pen.*, 1988, 419.

si sanziona la professione di idee fasciste, la quale si mantenga nei confini del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, espressamente riconosciuto a tutti dall'art. 21 della Costituzione, e non si spinga fino alla ricostituzione di associazioni fasciste ⁽³⁸⁾.

2.3. *La condotta del reato.*

Dal punto di vista delle concrete modalità di realizzazione della fattispecie in esame, il legislatore configura diverse tipologie di condotte penalmente rilevanti, analogamente a quanto accade in relazione ad altre tipologie di fattispecie associative. L'ipotesi delittuosa volta a reprimere la violazione del divieto di riorganizzazione del partito fascista configura, infatti, due distinti titoli di reato, prevedendo per gli stessi un trattamento sanzionatorio differenziato ⁽³⁹⁾. Nel primo comma dell'art. 2 viene contemplata, e punita più gravemente, l'ipotesi di chi promuove, organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi indicati nell'art. 1; nel secondo comma si fa, invece, riferimento al caso di chi semplicemente partecipa a tali associazioni, movimenti o gruppi, sancendo l'applicabilità di pene notevolmente inferiori.

Entrambe le ipotesi, distintamente delineate dall'art. 2, trovano, comunque, il loro necessario e comune presupposto nella definizione di riorganizzazione del disciolto partito fascista, contenuta nel precedente art. 1. Come anticipato, tuttavia, si deve precisare che la dimensione oggettiva dell'illecito non coincide necessariamente con l'effettiva ricostituzione del suddetto partito fascista. Ragionare diversamente, infatti, equivarrebbe a decretare

⁽³⁸⁾ Così, S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, cit., 1672.

⁽³⁹⁾ L'art. 2, rubricato "Sanzioni penali", recita: "Chiunque promuove, organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi indicati nell'articolo 1, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni e con la multa da due milioni a venti milioni di lire.

Chiunque partecipa a tali associazioni, movimenti o gruppi è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da un milione a dieci milioni di lire.

Se l'associazione, il movimento o il gruppo assume in tutto o in parte il carattere di organizzazione armata o paramilitare, ovvero fa uso della violenza, le pene indicate nei commi precedenti sono raddoppiate.

L'organizzazione si considera armata se i promotori e i partecipanti hanno comunemente la disponibilità di armi o esplosivi ovunque custoditi.

Fermo il disposto dell'art. 29, comma primo, del codice penale, la condanna dei promotori, degli organizzatori o dei dirigenti importa in ogni caso la privazione dei diritti e degli uffici indicati nell'art. 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del codice penale per un periodo di cinque anni. La condanna dei partecipanti importa per lo stesso periodo di cinque anni la privazione dei diritti previsti dall'art. 28, comma secondo, n. 1, del codice penale".

la totale inapplicabilità della norma incriminatrice ⁽⁴⁰⁾. Per unanime convincimento ci si trova, infatti, di fronte ad un'ipotesi di reato riconducibile alla categoria dei reati di pericolo ⁽⁴¹⁾, salvo poi precisare la specifica connotazione di siffatta pericolosità ⁽⁴²⁾.

Ciò premesso, in relazione al diverso contributo offerto all'associazione, movimento o gruppo ⁽⁴³⁾, si dovrà considerare promotore colui che se ne faccia ideatore ed iniziatore, che si attiva affinché la struttura organizzativa venga ad esistenza; organizzatore colui che svolge attività essenziali ed infungibili per assicurare la vita e l'efficienza dell'organizzazione, in relazione alle finalità proprie della stessa; dirigente colui che ha l'effettiva facoltà di impartire disposizioni vincolanti ad altri soggetti appartenenti alla struttura organizzata, con autonomia e discrezionalità decisionali. La fattispecie *de qua* non attribuisce, viceversa, alcuna autonoma rilevanza alla condotta della costituzione dell'associazione, a differenza di quanto accade in relazione ad altri reati associativi. Ciò è imputabile alla particolare struttura mista o complessa della fattispecie medesima, la quale, come anticipato, presuppone, accanto al mero fatto istitutivo, il compimento di una qualche attività esterna diretta alla realizzazione del programma criminoso ⁽⁴⁴⁾. Analogamente, nell'ambito dell'art. 2 non viene riconosciuta autonomia descrittiva alla condotta dell'eventuale finanziatore. Nondimeno, un particolare aumento delle pene è previsto dall'art. 6 per "coloro che abbiano comunque finanziato, per i fatti preveduti come reati negli articoli precedenti, l'associazione, il movimento, il gruppo o la stampa".

La meno grave condotta di partecipazione implica, invece, lo svolgimento di una funzione attiva all'interno ed in favore dell'associazione, che può essere integrata dalla realizzazione anche di "una sola attività illecita, purché vi sia la prova dell'effettivo inserimento del soggetto nel gruppo e possa ricondursi tale attività ai programmi del gruppo stesso" ⁽⁴⁵⁾.

Tutte le diverse forme di adesione all'organizzazione possono, poi, essere aggravate, là dove la struttura associativa risulti armata. A tal fine

⁽⁴⁰⁾ In questo senso la dottrina è concorde; cfr., per tutti, A. CALVI, *op. cit.*, 224. Nella giurisprudenza, Tribunale di Bologna, 17 dicembre 1975 (in *Crit. pen.*, 1976, 73 ss.), in cui si legge: "...avuto riguardo all'oggetto giuridico della norma, sarebbe irragionevole, se non assurdo, pensare che il legislatore abbia inteso attendere che l'organizzazione fascista si profili idonea al sovvertimento delle istituzioni, per colpire i suoi promotori, organizzatori, dirigenti e partecipi".

⁽⁴¹⁾ Così, tra gli altri, S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni contro il)*, cit., 918; A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, cit., 224 ss.

⁽⁴²⁾ Sul punto cfr. anche *supra* § 2.

⁽⁴³⁾ Per un'analisi delle possibili condotte "qualificate" all'interno delle associazioni illecite cfr., per tutti, G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 5 ss.

⁽⁴⁴⁾ Così G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 5.

⁽⁴⁵⁾ Tribunale di Bari, 1 febbraio 1978, Modola, cit.

la giurisprudenza ha precisato che, perché l'organizzazione possa considerarsi «armata», «è sufficiente la qualità armata anche di uno solo o solo di alcuni dei promotori o partecipanti e la possibilità, invece, per tutti gli altri, di accedere, direttamente o indirettamente (tramite altri associati), ai luoghi di deposito e/o di custodia delle armi. Non è necessario, cioè, che ogni singolo componente sia permanentemente armato, essendo sufficiente che l'associato disarmato operi attivamente nella struttura associativa con la consapevole volontà di agire per lo stesso scopo comune degli altri partecipanti»⁽⁴⁶⁾.

2.4. *I rapporti con altri reati.*

I rapporti tra il reato di riorganizzazione del partito fascista e talune fattispecie associative previste sia dal codice penale, sia da leggi speciali è stato oggetto di particolare attenzione tanto da parte della dottrina, quanto da parte della giurisprudenza, soprattutto in considerazione della progressiva «moltiplicazione» delle suddette fattispecie associative poste a tutela di beni istituzionali⁽⁴⁷⁾. Di talché in questa sede sarà possibile fare solo qualche breve considerazione esclusivamente in relazione a taluni tra i più controversi rapporti.

Per quanto concerne la relazione tra il reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista e quello di cospirazione politica mediante associazione di cui all'art. 305 c.p., parte della dottrina ritiene che lo stesso debba qualificarsi in termini di specialità, in quanto il secondo parrebbe porsi in uno stadio più avanzato rispetto alla mera cospirazione politica⁽⁴⁸⁾; e ciò nel senso che tra le due norme sembrerebbe profilarsi «un rapporto di assorbimento, inconciliabile per definizione con l'ipotesi concorsuale, sia pure suggerita a scopi correttivi di carattere sanzionatorio»⁽⁴⁹⁾. Secondo altra parte della dottrina, tuttavia, un rapporto di specialità tra le suddette fattispecie sarebbe viceversa da escludere, dal momento che esse, pur contemplando l'elemento comune della presenza di un'associazione, appaiono diversamente connotate sotto il profilo delle caratteristiche dei delitti-

⁽⁴⁶⁾ Cass., I, 11 novembre 1992, Maggi, in *Cass. pen.*, 1995, 1040 o in *Riv. pen.*, 1994, 1014.

⁽⁴⁷⁾ Sull'argomento cfr., *amplius*, T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, in particolare 18 ss.; G. A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., Milano, 1985, in particolare 63 ss.; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, 1991, in particolare 4 ss.

⁽⁴⁸⁾ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 149; G. SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 2.

⁽⁴⁹⁾ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 149.

scopo⁽⁵⁰⁾. Sicché, nessun ostacolo sistematico si opporrebbe alla configurabilità di un concorso tra le due fattispecie, là dove l'associazione fascista ponga in essere le condotte tipiche descritte nell'art. 1, con la finalità di commettere un delitto contro la personalità interna o internazionale dello Stato⁽⁵¹⁾. La giurisprudenza, per parte sua, ha precisato che, sebbene le due fattispecie presentino qualche affinità, le stesse sono da considerare essenzialmente diverse ed inconfondibili. La cospirazione associativa è, infatti, "finalizzata alla commissione di uno specifico reato contro la personalità dello Stato, che è direttamente ed immediatamente minacciato nel suo ordinamento costituzionale; nella riorganizzazione del disciolto partito fascista, invece, l'associazione o il movimento si danno una struttura organizzativa improntata ad un modello che esalta e pratica la violenza, minacciando indirettamente e per via mediata, attraverso tale sistema di condotta antidemocratica, l'ordinamento democratico e costituzionale"⁽⁵²⁾.

Tra il delitto di associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p. e quello di ricostituzione del disciolto partito fascista, almeno secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, dovrebbe ravvisarsi un'ipotesi di concorso di reati, non di concorso apparente di norme, "in quanto i due reati, pur presentando qualche affinità, sono tuttavia essenzialmente diversi sia nella condotta, sia nell'obiettività giuridica. Ed, invero, la riorganizzazione del disciolto partito fascista si ha anche al di fuori della costituzione di un'associazione, dato che la legge fa espressamente riferimento anche a un movimento o a un gruppo di persone, e inoltre, l'associazione sovversiva è finalizzata alla lesione diretta ed immediata della personalità dello Stato nei suoi ordinamenti economici e sociali, mentre nella riorganizzazione del disciolto partito fascista la personalità dello Stato è lesa in modo mediato e indiretto, attraverso l'adozione dei principi ideologici fondamentali di quel partito e il metodo di lotta da esso adottata, che ha condotto all'annullamento di ogni libertà politica, cioè del fondamento stesso della democrazia"⁽⁵³⁾. Siffatto orientamento, tuttavia, è stato criticato da una parte della dottrina, ad avviso della quale tra le disposizioni di cui agli artt. 270-270-bis e quelle della legge n. 645/1952 dovrebbe, invece, ravvisarsi un concorso apparente⁽⁵⁴⁾, da risolvere applicando unicamente la fattispecie speciale, a meno che

⁽⁵⁰⁾ G.A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 126.

⁽⁵¹⁾ G.A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 125.

⁽⁵²⁾ Cass., I, 14 luglio 1975, Tosca, in *Mass. dec. pen.*, 1975, 760.

⁽⁵³⁾ Cass., I, 16 dicembre 1987, Tuti, in *Cass. pen.*, 1989, 979.

In dottrina a favore del concorso, con ricchezza di argomentazioni, G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, in particolare 321 ss.

Ritiene, viceversa, le che succitate disposizioni si pongano in un rapporto di reciproca esclusione A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 148.

⁽⁵⁴⁾ G. A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 31.

l'esaltazione della violenza posta in essere dagli associati non assuma i caratteri della propaganda; nel qual caso l'associazione fascista dovrebbe concorrere con la propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p. ⁽⁵⁵⁾.

Ancora più problematico si rivela il tema dei rapporti tra il reato di cui agli artt. 1 e 2 della l. 20 giugno 1952, n. 645 ed il reato previsto dall'art. 1, comma 3, del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 ⁽⁵⁶⁾. Quest'ultima disposizione sanziona, infatti, il divieto di costituire organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, punendo i promotori e i dirigenti, per il solo fatto della costituzione, con la reclusione da uno a sei anni, e chi partecipa o presta assistenza alla loro attività con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni. Si comprende, dunque, la rilevanza della questione relativa all'individuazione degli esatti confini tra la suddetta fattispecie e l'ipotesi che scaturisce dal combinato disposto di cui agli artt. 1 e 2 l. 645/1952, là dove è prevista la *propaganda razzista* come una delle modalità alternative della condotta punibile.

Tale problema è stato recentemente affrontato dalla Cassazione ⁽⁵⁷⁾. Ad avviso della Suprema Corte, l'oggettività giuridica di entrambe le norme verrebbe a coincidere, almeno per quanto riguarda il divieto di svolgere attività *lato sensu* razziste. Nell'uno e nell'altro caso, la *ratio* dell'intervento penale appare incentrata sull'esigenza di scongiurare il ricorso a livello collettivo a pratiche di natura discriminatoria sul piano razziale, come dimostrerebbe l'uso della stessa terminologia (organizzazione, movimenti gruppi), vale a dire di organismi caratterizzati dal comune tratto di dovere essere dotati di una certa stabilità ed efficacia sul piano operativo ⁽⁵⁸⁾. Dunque, prosegue la Corte, tra le condotte di "propaganda razzista" e di "incitamento alla discriminazione razziale" sembra di poter cogliere solo un diverso contenuto istigatorio. In altre parole, esse si differenzierebbero per il loro porsi come antecedenti più o meno immediati di fatti criminosi. Con la differenza che "la «propaganda» identifica in sé un'azione volta a diffondere un'idea, a far proseliti, l'incitamento fa nascere e alimentare lo stimolo che spinge all'azione di discriminazione, e, quindi, realizza un fatto ontologicamente più grave" ⁽⁵⁹⁾. A ciò si aggiunga la circostanza che l'art. 1 della legge 205/1993 si apre con una clausola di riserva ("salvo che il fatto costituisca più

⁽⁵⁵⁾ G. A. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 34.

⁽⁵⁶⁾ Per alcune considerazioni critiche in merito a tale fattispecie cfr., tra gli altri, S. MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, 266 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cass., I, 30 settembre 1993, Freda, in *Cass. pen.*, 1995, 686, nonché Cass., I, 7 maggio 1999, Crasti, in *Cass. pen.*, 2000, 1045.

⁽⁵⁸⁾ Cass., I, 7 maggio 1999, Crasti, cit.

⁽⁵⁹⁾ Cass. I, 7 maggio 1999, Crasti, cit.

grave reato”), con la quale si esclude l’applicabilità della norma in oggetto finché è o resta applicabile la norma principale, onde evitare duplicità di incriminazioni per una medesima condotta. Con la conseguenza che, là dove non si ritenga di poter riconoscere l’idoneità della propaganda razzista alla ricostituzione del disciolto partito fascista, la propaganda medesima può acquistare rilevanza sul piano penale solo come forma di incitamento, punibile ai sensi della legge 205/1993.

3. *Le fattispecie penali “minori” previste dalla l. n. 645/1952 nella “rilettura” proposta dalla Corte costituzionale.*

Con gli artt. 4 e 5 il legislatore ha sostanzialmente “ripreso” le condotte descritte nell’art. 1, incriminandole come tali: vale a dire come situazioni autonome, avulse dal contesto nel quale erano state previste in precedenza, e quindi indipendentemente dalla necessaria plurisoggettività, ma anche e soprattutto dalla finalizzazione cui esse sono orientate nell’art. 1⁽⁶⁰⁾. Sicché, “l’una e l’altra fattispecie null’altro rappresentano, nel disegno generale della legge, se non delle norme-ostacolo rispetto alle più gravi situazioni descritte negli artt. 1 e 2”⁽⁶¹⁾. Si tratta, in altre parole, di illeciti che, verosimilmente, nel pensiero del legislatore non avrebbero dovuto richiedere alcun accertamento dell’idoneità offensiva della condotta. Da qui le critiche formulate da una parte della dottrina, che ha ravvisato nelle disposizioni in oggetto palesi violazioni ora del principio di offensività, ora del principio di libera manifestazione del pensiero⁽⁶²⁾. Con la previsione, infatti, di due fattispecie di matrice “esclusivamente ideologica”, ulteriori rispetto alla fattispecie associativa, secondo alcuni autori si sarebbe creata “una certa qual discrasia fra la XII disp. trans. e fin. della Costituzione, che si è limitata al solo reato associativo, e la legge del 1952, che invece andando «*ultra petita*», ha introdotto altresì i due reati di opinione summenzionati”⁽⁶³⁾.

Peraltro, proprio al fine di superare siffatto *impasse* la Corte costituzionale⁽⁶⁴⁾ ha cercato di collegare in qualche modo le fattispecie di apologia e di manifestazioni fasciste al reato associativo, attraverso il paradigma del pericolo concreto⁽⁶⁵⁾, nel senso, dunque, di considerare siffatte ipotesi

⁽⁶⁰⁾ Così E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 78.

⁽⁶¹⁾ E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., 79.

⁽⁶²⁾ S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, cit., 1673; A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 146.

⁽⁶³⁾ A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 140.

⁽⁶⁴⁾ Con sentenza n. 1 del 26 gennaio 1957, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 97.

⁽⁶⁵⁾ Così A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 146.

compatibili con la Costituzione solo là dove risultino concretamente idonee a ricostituire il disciolto partito fascista; e ciò attribuendo all'inciso "sotto qualsiasi forma" della XII disp. Trans. Cost. una valenza comprensiva delle attività prodromiche agli atti di promozione e costituzione del sodalizio vietato ⁽⁶⁶⁾.

3.1. *L'apologia del fascismo.*

Nella prospettiva sopra evidenziata si comprende il principio enunciato dalla Corte costituzionale secondo cui l'apologia del fascismo ⁽⁶⁷⁾, per costituire reato, deve consistere, "non in una difesa elogiativa, ma in un'esaltazione suggestiva, tale da poter condurre alla riorganizzazione del disciolto partito fascista".

Senonché, anche tale correttivo, peraltro non unanimemente condiviso ⁽⁶⁸⁾, non sembrerebbe comunque in grado di offrire nel caso di specie soluzioni soddisfacenti al fine di fugare ogni sospetto di costituzionalità delle norme in oggetto, non fosse altro che per la difficoltà di provare la summenzionata concreta idoneità dell'apologia (o, come si vedrà, delle manifestazioni fasciste) ad un'effettiva ricostituzione del partito fascista. Da qui la disincantata rassegnazione di chi ritiene che l'unica qualifica-

⁽⁶⁶⁾ A. PERDUCA, *Fascismo. II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 4.

⁽⁶⁷⁾ L'art. 4, sotto la rubrica "Apologia del fascismo", stabilisce: "Chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguente le finalità indicate nell'articolo 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire quattrocentomila a lire un milione.

Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche. Se il fatto riguarda idee o metodi razzisti, la pena è della reclusione da uno a tre anni e della multa da uno a due milioni.

La pena è della reclusione da due a cinque anni e della multa da un milione a quattro milioni di lire se alcuno dei fatti previsti nei commi precedenti è commesso con il mezzo della stampa.

La condanna comporta la privazione dei diritti previsti nell'articolo 28, comma secondo, numeri 1 e 2, del codice penale, per un periodo di cinque anni."

⁽⁶⁸⁾ Sul punto cfr., per tutti, P. BARILE, U. DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo e il neofascismo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VI, Torino, 1986, 973, i quali ricordano come la larga maggioranza delle sentenze in sede di repressione dell'apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste si caratterizza per la ricerca di situazioni di pericolo concreto, ben al di là della sola logica esclusione delle ipotesi di innocua difesa delle vicende di quel periodo storico. Per talune considerazioni critiche cfr., altresì, P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 732, 733.

zione possibile da assegnare alle fattispecie in esame sia quella del pericolo astratto, con conseguente inevitabile contrasto con l'art. 21 Cost. ⁽⁶⁹⁾.

Per il vero, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato di recepire e fare proprio il principio restrittivo enunciato dalla Corte costituzionale, precisando che l'apologia deve essere idonea a determinare l'evento ricostitutivo; e "per accertare tale idoneità, rifacendosi alla struttura del delitto tentato, così come configurato nell'art. 56 c.p., occorre valutare se l'attività denunciata abbia provocato un «concreto» pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista" ⁽⁷⁰⁾. Sicché, per esempio, "manifesti e scritte propagandistici sui muri possono integrare il reato di apologia del fascismo, quando non si limitino ad un'innocua difesa elogiativa del regime fascista, ma mirino ad una sua esaltazione e restaurazione mediante il richiamo del mito politico del capo del fascismo e ad una istigazione alla realizzazione pratica di un'azione politica, ispirata a quel regime" ⁽⁷¹⁾. In applicazione di tali principi, dunque, la Cassazione, confermando la sentenza dei giudici d'appello, ha assolto un gruppo di persone che avevano distribuito alcuni stampati con effigie di Mussolini, esaltanti l'idea fascista e l'odio verso gli ebrei, in considerazione dell'esiguità numerica del gruppo, il carattere velleitario dell'iniziativa, della brevissima vita del gruppo stesso e, dunque, dell'inidoneità del fatto a provocare effettive adesioni e consensi favorevoli alla ricostituzione del partito fascista ⁽⁷²⁾.

Il riferimento alla concretezza, peraltro non ravvisabile nel testo dell'art. 4 della l. 645/1952, ricorre tuttavia anche nella giurisprudenza di merito, sia pure con risultati applicativi tra loro in alcuni casi opposti ⁽⁷³⁾. Così, per esempio, da un lato è stata ritenuta la responsabilità penale di coloro che "avevano verniciato sui muri il simbolo del fascio littorio, nonché espressioni inneggianti al fascismo ed alla sua ideologia e denigratorie nei confronti della resistenza" ⁽⁷⁴⁾, mentre, dall'altro lato, la si è esclusa per il lancio di manifestini inneggianti al fascismo ed alla repubblica sociale ⁽⁷⁵⁾.

Da qui, come anticipato, le perplessità sollevate da un cospicuo orienta-

⁽⁶⁹⁾ Per il reato di apologia cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, 221 ss., 232; per entrambe le fattispecie in esame cfr. A. MANNA, *Fascismo (sanzioni contro)*, cit., 147.

⁽⁷⁰⁾ Cass., II, 31 gennaio 1977, Feltri, in *Cass. pen.*, 1978, 1213; analogamente Cass., II 17 novembre 1976, Cella, in *Cass. pen.*, 1978, 860; Cass., II, 6 giugno 1977, Dirella, in *Cass. pen.*, 1978, 1520; Cass., II, 2 dicembre 1977, Venezia, in *Riv. pen.*, 1978, 674; Cass., II, 1 ottobre 1978, Campisi, in *Giust. pen.*, 1979, 198; Cass., II, 23 maggio 1979, Guerin, in *Riv. pen.*, 1980, 378 o in *Giust. pen.* II, 1980, II, 572.

⁽⁷¹⁾ Cass., II, 10 ottobre 1978, Campisi, in *Cass. pen.*, 1980, 232.

⁽⁷²⁾ Cass., II, 2 dicembre 1977, Venezia, in *Cass. pen.*, 1979, 964.

⁽⁷³⁾ Sul punto cfr., *amplius*, A. PERDUCA, *Fascismo. II) Disposizioni penali sul fascismo*, cit., 4

⁽⁷⁴⁾ Tribunale di Bari, 30 aprile 1973, Mossa, in *Foro it.*, 1973, II, 283.

⁽⁷⁵⁾ Tribunale di Napoli, 28 aprile 1958, Primicini, in *Foro it. Rep.*, 1958, 965.

mento dottrinale ⁽⁷⁶⁾, ad avviso del quale la linea interpretativa assunta dalla Corte costituzionale e fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità e di merito risulta fondata su un criteri eccessivamente vaghi — essendo estremamente difficile stabilire la idoneità o meno della manifestazione a determinare l'effettiva insorgenza di un'organizzazione fascista — e, dunque, incapaci di assicurare la necessaria determinatezza della fattispecie.

3.2. *Il divieto di manifestazioni fasciste.*

Il ricorso all'art. 5 parrebbe rendere possibile la perseguibilità di tutte quelle «manifestazioni esteriori» che, per il fatto di non venire poste in essere come riflesso d'una struttura associativa, sfuggono alla previsione dell'art. 1 ⁽⁷⁷⁾. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale che si è manifestato in relazione alla fattispecie in esame, analogamente a quanto è accaduto in relazione all'ipotesi di cui al precedente art. 4, si caratterizza per la tendenza a circoscrivere l'area di operatività della stessa ⁽⁷⁸⁾. La Corte costituzionale ha, infatti, più volte precisato che la «norma vieta e punisce non qualsiasi manifestazione del pensiero, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito fascista che possono determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute» ⁽⁷⁹⁾. E sulla base di tali affermazioni si è, appunto, consolidata la qualificazione del reato come di pericolo concreto ⁽⁸⁰⁾, con tutte le problematiche, però, cui si è fatto riferimento per la fattispecie di apologia del fascismo.

Quanto alla casistica, la giurisprudenza, già in passato, ha precisato che «una pubblica manifestazione fascista può essere presa in considerazione

⁽⁷⁶⁾ S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, cit., 1674.

⁽⁷⁷⁾ L'art. 5, rubricato «Manifestazioni Fasciste», stabilisce che «Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da quattrocentomila a un milione di lire.

Il giudice, nel pronunciare la condanna, può disporre la privazione dei diritti previsti nell'articolo 28, comma secondo, numeri 1 e 2 del codice penale per un periodo di cinque anni.»

⁽⁷⁸⁾ Sul punto cfr., tra gli altri, BARILE, DE SIERVO, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 561 ss.

⁽⁷⁹⁾ Corte cost., 6 dicembre 1958, n. 74, in *Giur. cost.*, 1958, 958, o in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 165 ss., con nota di M. SINISCALCO, *La XII disposizione transitoria della Costituzione e il divieto di manifestazioni fasciste*, *ivi*, 166 ss.; Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 15, in *Giur. cost.*, 1973, 79.

⁽⁸⁰⁾ Per tute, Cass., I, 18 gennaio 1972, Libanore, in *Mass. dec. pen.*, 1972, 704. In dottrina a favore dell'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale cfr., tra gli altri, R. RICCIOTTI, *Le sanzioni contro il neofascismo*, in *Crit. pen.*, 1975, 229.

soltanto allorché per la sua imponenza e la sua serietà sia tale da rappresentare in pubblico, con vivezza ed attrazione, l'apparato esteriore dell'ideologia fascista nelle sue basi fondamentali, sì da indirizzare se non spingere le menti e gli animi dei cittadini alla ricostituzione del partito fascista" ⁽⁸¹⁾. Nondimeno, siffatto principio, apparentemente lineare, è stato poi spesso interpretato in modo contraddittorio dalla giurisprudenza. Sicché, solo per citare alcuni esempi, da un lato si è precisato che "il saluto romano, di per sé solo insufficiente ad integrare gli estremi del reato previsto dall'art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, acquista rilevanza se fatto da persona armata di manganello in occasione di un comizio elettorale, per il pericolo di suscitare nel pubblico suggestioni ed incitamenti miranti alla riorganizzazione del disciolto partito fascista" ⁽⁸²⁾, mentre dall'altro lato si è riconosciuto il reato *de quo* nel fatto di alcuni imputati, che "alzandosi in piedi simultaneamente ed insieme ad altri tre, subito dopo la lettura della sentenza emessa nei loro confronti", avevano "salutato romanamente e gridato più volte la parola «sieg heil»" ⁽⁸³⁾.

ABSTRACT

The Author has examined the criminal model fact situation foreseen by the so-called *Scelba* Law on the fascist party being prohibited from re-forming, to check, at some fifty years from its having entered into force, how topical the same continues to be, as well as the evolution of the interpretative courses adopted with reference to legal theory and the decisions of the courts. From this point of view, particular attention has been lent to the compatibility of the foregoing hypothesis of crime with the constitutional principles in force on criminal matters.

L'Autore prende in considerazione le fattispecie penali previste dalla c.d. legge Scelba sul divieto di ricostituzione del partito fascista per verificare, a cinquant'anni dalla loro entrata in vigore, la persistente attualità delle stesse, nonché l'evoluzione degli orientamenti interpretativi assunto al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In tale prospettiva particolare attenzione è rivolta nei confronti dei profili di compatibilità delle succitate ipotesi di reato con i principi costituzionali vigenti in materia penale.

⁽⁸¹⁾ Pretura di Roma, 10 febbraio 1958, in *Temi rom.*, 1958, 632. Analogamente, Cass., I, 18 gennaio 1972, Libanore, cit., secondo cui "per manifestazioni usuali al disciolto partito fascista devono intendersi non già tutte le manifestazioni simili, similari o anche identiche a quelle d'epoca fascista, quale che sia la loro reale entità e portata, ma solo quelle rilevanti, implicanti, cioè, il pericolo di una possibile ricostituzione di un partito avente gli stessi metodi e scopi del fascismo".

⁽⁸²⁾ Cass., I, 18 gennaio 1972, Libanore, cit., 1972, 704.

⁽⁸³⁾ Cass., I, 4 ottobre 1982, Loi, in *Cass. pen.*, 1984, 172. Per ulteriori esemplificazioni cfr. A. PERDUCA, *Fascismo. II) Disposizioni penali sul fascismo*, cit., 5.

COSTANZA BERNASCONI

LE ASSOCIAZIONI SEGRETE TRA DIVIETO COSTITUZIONALE E DISCIPLINA PENALE

SOMMARIO: 1. La disciplina costituzionale in materia di associazioni segrete e la sua attuazione ad opera della legge 25 gennaio 1982, n. 17. — 2. Questioni interpretative sulla nozione di associazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina penale. — 3. Il requisito della segretezza.— 4. L'attività di interferenza. — 5. La tipologia delle condotte penalmente rilevanti. — 6. Rapporti di interferenza con altre ipotesi di reato.

1. *La disciplina costituzionale in materia di associazioni segrete e la sua attuazione ad opera della legge 25 gennaio 1982, n. 17.*

Come è noto, il divieto di costituire associazioni segrete trova nel nostro ordinamento il proprio referente nell'art. 18 Cost., il quale stabilisce, appunto, che “sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono anche indirettamente scopi politici mediante organizzazione di carattere militare”. Sennonché, solo con l'approvazione della legge n. 17 del 25 gennaio 1982 il Parlamento ha dato concreta attuazione, attraverso la previsione di specifiche sanzioni penali ed amministrative, al succitato divieto enunciato dalla prima parte del secondo comma dell'art. 18 della Costituzione.

Invero, lo stile sintetico utilizzato dal nostro Costituente e l'inerzia del legislatore fino al 1982 avevano da tempo generato problemi di interpretazione del disposto costituzionale, che solo l'approvazione della legge sulle associazioni segrete ha contribuito, peraltro in modo non esaustivo, a chiarire ⁽¹⁾. La norma costituzionale, in particolare, pareva lasciare in ombra

⁽¹⁾ In questo senso, SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, in *Crit. pen.*, 1982, 18.

due profili fondamentali, relativi, da un lato, all'estensione del limite della segretezza, e, dall'altro lato, alla questione se l'associazione segreta dovesse o meno risultare finalizzata alla realizzazione di un determinato programma ⁽²⁾. Senza dimenticare, inoltre, che nessun riferimento era reperibile in relazione al problema delle misure concretamente adottabili in caso di violazione del divieto costituzionale ⁽³⁾.

Muovendo, dunque, dal presupposto che l'art. 18, comma 2, Cost. non fornisce alcuna indicazione in ordine alle sanzioni conseguenti alla violazione del divieto costituzionale, prima dell'entrata in vigore della l. n. 17/1982 il problema degli strumenti per combattere le associazioni segrete, a parte la repressione penale predisposta per colpire direttamente fenomeni associativi di diversa natura, aveva avuto come costante punto di riferimento il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza ⁽⁴⁾. Quest'ultimo prevedeva, infatti, all'art. 209, un obbligo penalmente sanzionato per le associazioni di comunicare all'autorità di pubblica sicurezza l'atto costitutivo, lo statuto, i regolamenti interni, l'elenco nominativo delle cariche sociali e dei soci e ogni altra notizia intorno alla loro organizzazione e attività, tutte le volte che ne fossero richieste dal Questore per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza pubblica. Sennonché, questa disposizione era stata da più parti sospettata di incostituzionalità, in quanto i poteri di intervento del Questore apparivano, per la loro eccessiva ampiezza, lesivi della libertà di associazione e soprattutto «a destinazione incerta» e, come tali, potenzialmente confliggenti con la parità di trattamento dei gruppi di fronte alla legge ⁽⁵⁾.

Una disciplina diversa e maggiormente articolata è stata, invece, introdotta proprio con la legge 25 gennaio 1982, n. 17, la quale si articola in sei distinti articoli, che provvedono, rispettivamente: alla definizione della nozione di associazione segreta (art. 1); alla configurazione di due autonome fattispecie di reato, a carico di chi, da un lato, promuove, dirige un'associazione segreta o svolge attività di proselitismo a favore della stessa (art. 2, comma 1), e di chi, dall'altro lato, partecipa ad essa (art. 2, comma 2); alla previsione di meccanismi per lo scioglimento dell'associazione segreta e per la confisca dei suoi beni (art. 3); alla regolamentazione del procedimento disciplinare a carico dei dipendenti pubblici appartenenti a dette associazio-

⁽²⁾ Su tali problematiche cfr., *amplius* e per tutti, SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 18 ss.; RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 241 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

⁽³⁾ G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, in *Noviss. Dig. it., App.*, VII, Torino, 1987, 445.

⁽⁴⁾ R.d. 18 giugno 1931, n. 773.

⁽⁵⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1982, 1233.

ni (art. 4); allo scioglimento della c.d. «Loggia P2» (art. 5); infine, all'abrogazione degli artt. 209 e 212 del T.U.L.P.S. (art. 6) ⁽⁶⁾.

2. *Questioni interpretative sulla nozione di associazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina penale*

L'art. 1 della legge 25 gennaio 1982, n. 17 ⁽⁷⁾, definisce la nozione di associazione segreta, attraverso l'individuazione degli elementi strutturali e funzionali della stessa. Nella normativa in esame, come del resto nella richiamata disposizione costituzionale, rimane, invece, inespresso il concetto giuridico di associazione. Nel silenzio della legge, la tendenza che si è al riguardo manifestata è, dunque, quella di qualificare come associazione "qualunque collettività organizzata per il conseguimento di una o più finalità comuni, così ravvisando nella pluralità dei soggetti, nello scopo comune e nell'organizzazione i requisiti fondamentali e caratterizzanti del fenomeno associativo" ⁽⁸⁾.

3. *Il requisito della segretezza.*

Ciò premesso, l'individuazione della fattispecie penalmente rilevante ai sensi della normativa in esame muove dalla preliminare equiparazione, ai fini della sussistenza del reato, delle associazioni parzialmente occulte, perché operanti all'interno di associazioni palesi, a quelle *tout court* e integralmente segrete ⁽⁹⁾, per procedere poi alla fissazione dei requisiti della

⁽⁶⁾ L'art. 6 precisa tuttavia, altresì, che "le disposizioni del citato articolo 212 continuano ad applicarsi nei confronti di coloro che risultino avere aderito all'associazione di cui all'articolo 5 e comunque ai fatti compiuti prima dell'entrata in vigore della presente legge".

⁽⁷⁾ L'art. 1 stabilisce che "Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall'articolo 18 della Costituzione, quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti, in tutto od in parte ed anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale".

⁽⁸⁾ G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, 1991, 164. Sul punto cfr., altresì, BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 837; ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella l. n. 17 del 25 gennaio 1982*, in *Riv. pen.*, 1983, 5 ss.

⁽⁹⁾ Sui nessi tra associazione segreta e quella palese cfr., per tutti, BARBIERA, CONTENTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, Napoli, 1984, in particolare 110 ss.

segretezza⁽¹⁰⁾. A tal fine si richiede la ricorrenza contestuale di due presupposti: a) l'occultamento, anche in via meramente alternativa dell'esistenza, delle finalità e delle attività sociali, di tutti o parte dei soci tra loro o rispetto a terzi; b) lo svolgimento di attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali d'interesse nazionale⁽¹¹⁾.

La legge n. 17/1982 ha, dunque, optato per il collegamento tra un profilo strutturale ed un profilo finalistico⁽¹²⁾; sicché dovrà considerarsi segreta, ai sensi della norma in esame, quell'associazione che, proponendosi come scopo quello di interferire sui pubblici poteri: a) occultati la propria esistenza, attraverso il compimento di attività tali da impedire la propria conoscenza, oppure b) occultati congiuntamente le finalità e le attività sociali, o, ancora, c) renda sconosciuti i soci (anche solo parzialmente) ad altri soci o ad altri soggetti non specificati dalla legge.

Senonché, in tal modo, come è stato rilevato⁽¹³⁾, la segretezza è stata "declassata a modalità di un divieto che, né dal testo, né dai lavori preparatori dell'art. 18 della Costituzione traspare: il divieto di interferire sui pubblici poteri". In altri termini: della norma in esame parrebbe potersi fornire solo un'interpretazione che escluda "dalle sanzioni della legge 25 gennaio 1982, n. 17 le associazioni segrete (*rectius*: le associazioni caratterizzate dai connotati di cui all'art. 1 della legge) che non hanno come scopo o non svolgono, in fatto, attività diretta ad interferire sui pubblici poteri"⁽¹⁴⁾ e, al contempo, consideri associazioni segrete anticostituzionali solo quelle associazioni occulte che intendono, appunto, interferire sui poteri dello Stato⁽¹⁵⁾. Secondo alcuni autori, peraltro, la legge n. 17/1982, "introducendo nella definizione di associazione segreta un elemento estraneo sia al senso lessicale di segretezza, sia alla nozione che ne ebbero i costituenti" avrebbe effettuato "una drastica riduzione dell'ambito di applicabilità del divieto costituzionale; meglio forse si direbbe, ne ha attuato un sostanziale svuotamento. Non basta più che l'associazione si circonda, viva ed operi nel più assoluto segreto,

⁽¹⁰⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1230.

⁽¹¹⁾ Sul punto cfr., *amplius*, SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 20 ss.

⁽¹²⁾ RIDOLA, *Associazione. I. Libertà di associazione, Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 11.

⁽¹³⁾ SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 23.

⁽¹⁴⁾ SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 24; nello stesso senso cfr., altresì, ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella l. n. 17 del 25 gennaio 1982*, cit., 5; G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 446.

⁽¹⁵⁾ Per un'applicazione di tali principi cfr., nella giurisprudenza, Cass. civ., 3 maggio 1996, n. 4091, in *Giust. civ.*, 1996, 660; Corte App. Roma, 26 marzo 1985, in *Giur. merito*, 1988, 622; C.S.M.- Sez. Disciplinare, 9 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1983, III, 206.

occorre anche ch'essa svolga un'attività specificamente finalizzata a determinati effetti" (16). Da ciò si dovrebbe, dunque, desumere che il legislatore, con la legge 25 gennaio 1982, n. 17, abbia inteso configurare la categoria delle associazioni meramente segrete, quale categoria di associazioni lecite, per le quali la Costituzione non pone alcun divieto (17).

Del resto già prima dell'emanazione della legge n. 17, parte della dottrina aveva collegato il divieto di cui al secondo comma dell'art. 18 Cost. ad un'esigenza di pubblicità del processo di decisione politica ed alla regola del metodo democratico ex art. 49 Cost., ritenendo che il suddetto divieto fosse suscettibile di operare solo limitatamente alle associazioni con finalità politiche (18). Solo per queste, infatti, la funzione svolta avrebbe potuto giustificare la contrazione della garanzia di una sfera di riservatezza, che accezioni più late del divieto avrebbero necessariamente vulnerato (19).

Si deve, peraltro, precisare che il divieto di associazioni segrete non può comunque essere ridotto alle sole associazioni occulte che perseguono fini criminosi, perché ciò significherebbe vanificare completamente il contenuto del divieto stesso, che verrebbe ricondotto alla previsione di cui al primo comma dell'art. 18 Cost., per il quale le associazioni non possono mai perseguire fini vietati "ai singoli dalla legge penale" (20). In altre parole: se la segretezza avesse valore solo in quanto collegata alla commissione di reati il divieto di associazione segreta sarebbe un inutile ripetizione di un principio già diversamente esplicitato (21).

I connotati della segretezza individuati dalla norma devono avere il requisito della stabilità strutturale (22); deve, cioè, trattarsi di dati costitutivi essenziali e stabili, nel senso che non potrà in alcun modo considerarsi segreta quell'associazione che mantenga il riserbo solo su taluni profili particolari del proprio funzionamento. A dire che: nessuno penserebbe di

(16) NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, in *Cass. pen.*, 1992, 2500, 2501. Nello stesso senso, tra gli altri, anche GHERGHI, *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, in *Nuova rass.*, 1983, 1592.

(17) Sul punto cfr., *amplius*, SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 38; ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella l. n. 17 del 25 gennaio 1982*, cit., 5.

(18) PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, 743 ss.; PACE, *Art. 18 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di Branca), 1977, 219; sul punto cfr., altresì, RIDOLA, *Associazione. I. Libertà di associazione*, cit., 11; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 194, 195; per talune osservazioni critiche cfr., invece, SUMMA, *Il divieto di associazioni segrete*, in *Parlamento*, 1990, 49.

(19) Sul punto cfr., *amplius*, RIDOLA, *Associazione*, cit., 11 e bibliografia ivi riportata.

(20) G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 446.

(21) SUMMA, *Il divieto di associazioni segrete*, cit., 48.

(22) G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 447.

“bollare come segrete quelle associazioni, quei partiti politici, quei sindacati che tengono riunioni riservate per scelte di tipo economico o politico”⁽²³⁾. Nondimeno, in relazione alle possibili configurazioni dell’associazione segreta, parte della dottrina ha rilevato come una prima lettura della disposizione in esame evidenzerebbe immediatamente talune lacune, non secondarie, che varrebbero, peraltro, a confortare l’impressione di un provvedimento frettoloso e (negativamente) condizionato da una dichiarata urgenza «politica»⁽²⁴⁾. A prescindere da quello che, secondo taluno, integra un “clamoroso vizio tautologico della definizione (è segreta l’associazione che ha un’esistenza occulta!)”⁽²⁵⁾, tutt’altro che trascurabile parrebbe anche la completa elusione dell’essenziale problema della forma e dei destinatari della pubblicità richiesta⁽²⁶⁾. Non è dato, infatti, comprendere né secondo quali modalità (oneri specifici di registrazione, notorietà di fatto, ecc.), né verso quali beneficiari (generalità dei cittadini, pubbliche autorità, ecc.) la auspicata conoscenza della associazione dovrebbe essere assicurata ed indirizzata.

Inoltre, venendo all’ulteriore presupposto della esplicazione da parte dell’associazione segreta delle interferenze deprecate dal legislatore⁽²⁷⁾, da più parti la formulazione normativa, pure intenzionalmente articolata con il riferimento a enti o organi pubblici destinatari delle paventate pressioni, è stata criticata per la sua incompletezza e ambiguità semantica⁽²⁸⁾. Come è stato infatti rilevato⁽²⁹⁾, siffatta elencazione non comprende centri di imputazione di indubbia rilevanza politica, quali i partiti i sindacati od associazioni di imprenditori. Estrema incertezza regna, inoltre, sull’individuazione degli «organi costituzionali» e sull’ambito degli enti, organi e uffici rientranti nella comprensiva dizione di «amministrazioni pubbliche»⁽³⁰⁾.

⁽²³⁾ G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 447.

⁽²⁴⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1231. Sostanzialmente nello stesso senso cfr., altresì, GHERGHI, *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, in *Nuova rass.*, 1983, 1592; SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., 24. Manifesta talune perplessità sulla conformità della l. n. 17/1982 al principio di certezza del diritto anche NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 9.

⁽²⁵⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1230. Sostanzialmente nello stesso senso BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 99; GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete*, Padova, 1990, 56.

⁽²⁶⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1230.

⁽²⁷⁾ Sul punto cfr., *amplius*, *infra* § 2.2.

⁽²⁸⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1231; nello stesso senso G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 448.

⁽²⁹⁾ TENCATI, *Disciplina penale dell’associazionismo segreto*, in *Riv. pen.*, 1985, 757; G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 448.

⁽³⁰⁾ LISERRE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 25.1.1982, n. 17*, cit., 1231.

Come anticipato, la disposizione in esame parrebbe configurare tre alternative, la prima delle quali rappresentata dall'occultamento dell'esistenza dell'associazione, la seconda dalla segretezza congiunta di finalità e attività sociali, la terza dal rendere sconosciuti in tutto o in parte e anche reciprocamente i soci. Le alternative si riducono, poi, a due se si considera il carattere pleonastico del riferimento all'occultamento dell'esistenza dell'associazione⁽³¹⁾.

In tale prospettiva, dunque, la prima possibile forma di manifestazione si concretizzerebbe nel tenere segrete congiuntamente finalità ed attività sociali, cioè, sostanzialmente, nell'assumere una particolare struttura organizzativa idonea ad "impedire al mondo esterno all'associazione di collegare singoli atti ad un centro di imputazione, rivelandone, quindi, le finalità"⁽³²⁾. Parrebbe, viceversa, rimanere al di fuori dello spettro applicativo della fattispecie in oggetto l'ipotesi in cui il segreto copra non l'intera attività dell'associazione ma solo singoli atti o aspetti organizzativi non fondamentali nella struttura dell'organizzazione⁽³³⁾.

La seconda ipotesi di associazione segreta sarebbe, invece, quella di gruppi associativi che rendano sconosciuti i soci. A tale proposito, come è stato rilevato⁽³⁴⁾, è necessario distinguere la non conoscibilità dei soci tra loro, quale specifico requisito di struttura dell'associazione segreta, dalla non conoscenza di fatto dei soci tra loro, che può dipendere dal numero dei soci, dalla pluralità della sedi e da numerose altre cause: situazione, quest'ultima, che ovviamente non colora di segretezza l'associazione. L'ipotesi di cui all'art. 1, l. n. 17/1982, sembra, in altre parole, riferirsi ad un'associazione "a compartimenti separati o a vari livelli in cui la incomunicabilità tra i vari comparti o livelli attribuisce ai capi un potere assoluto"⁽³⁵⁾.

Nel concorso dei requisiti strutturali individuati dalla norma, l'associazione segreta, come espressamente riconosciuto dal legislatore, non perde tale sua natura nell'eventualità in cui operi all'interno di associazioni palesi⁽³⁶⁾. Anzi, la copertura delle vere attività dell'associazione, mediante un'attività diversa, apparentemente innocua e comunque non illecita, parrebbe costituire un metodo normale di organizzazione dell'associazione segreta⁽³⁷⁾. Tale situazione, peraltro, è suscettibile di ingenerare problemi

⁽³¹⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 99.

⁽³²⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 99.

⁽³³⁾ Così, per tutti, TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., 758; DE FRANCESCO, *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 318.

⁽³⁴⁾ G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 447.

⁽³⁵⁾ G. PIOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁶⁾ In questo senso, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 17/1982, cfr. Pret. Messina, 14 dicembre 1981, Lo Passo, in *Foro it.*, 1982, II, 61.

⁽³⁷⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 109, 110.

applicativi tutt'altro che trascurabili. Un primo profilo problematico attiene all'individuazione dei nessi che devono sussistere fra l'associazione palese e quella segreta, perché la relazione tra i due gruppi associativi possa assumere rilevanza giuridica ⁽³⁸⁾. Ma, soprattutto, particolarmente spinosa si rivela la questione relativa alla prova dell'appartenenza del singolo membro dell'associazione palese anche all'associazione segreta. Infatti, come è stato rilevato ⁽³⁹⁾, poiché è più che possibile che non tutti coloro che operano nell'associazione palese, costituita per dissimulare l'attività di quella segreta, siano informati della obiettiva funzione di copertura che in concreto svolgono, è chiaro che il solo fatto di essere membro dell'associazione palese, di per sé, non può svolgere alcuna efficacia probatoria circa l'appartenenza del soggetto anche all'associazione segreta. Tuttavia, se da un lato, appare obiettivamente improponibile la formulazione di un qualunque addebito nei confronti di chi abbia partecipato all'associazione palese, ignorando del tutto l'esistenza al suo interno dell'associazione occulta, dall'altro lato maggiormente problematica si rivela l'ipotesi di chi partecipa all'associazione palese, con la consapevolezza dell'utilizzazione strumentale di quest'ultima da parte di quella segreta. Al riguardo la dottrina ritiene che una corretta impostazione del problema relativo alla possibile sussistenza, in tale ultima ipotesi, di una responsabilità penale a titolo di partecipazione nell'associazione segreta debba essere risolto alla luce dei criteri elaborati in relazione al complesso tema del concorso di terzi nei reati associativi ⁽⁴⁰⁾.

4. *L'attività di interferenza.*

Per quanto concerne la specificazione dell'«attività diretta ad interferire», si è affermato che le parole utilizzate rivelerebbero una specifica connotazione della condotta: la legge dice, infatti, che deve trattarsi di un'attività diretta ad interferire, non di attività compiuta «al fine di interferire». Sembra, cioè, essersi voluto sottolineare che la destinazione della condotta all'interferenza debba integrare, *in primis*, un connotato oggettivo del comportamento tenuto ⁽⁴¹⁾.

Con il richiedere lo svolgimento di una attività diretta ad interferire sorge

⁽³⁸⁾ Sul punto cfr., *amplius*, BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 109 ss.

⁽³⁹⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 111.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, *amplius*, BARBIERA, CONTENTO, GIACOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 114 ss.; TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., 761.

⁽⁴¹⁾ NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., 2501. Analogamente, DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, 1985, 156.

il quesito se tale attività debba costituire una caratteristica costante, anche se non esclusiva, dell'azione associativa, o se sia sufficiente anche un solo atto di interferenza, magari occasionale ⁽⁴²⁾. Per lo meno parte della dottrina ritiene che una lettura rispettosa del significato comune delle parole usate induca a pensare che un solo atto, o anche più atti casualmente ripetuti, non siano sufficienti a dar vita alla condizione voluta dalla legge; l'interferenza dovrebbe, cioè, costituire un dato, se non abituale o costante, per lo meno normale e frequente per potersi definire illecita l'azione associativa ai sensi della legge in esame ⁽⁴³⁾.

La nozione di interferenza nell'esercizio delle funzioni, inoltre, non dovrebbe intendersi come equivalente a quella di una generica influenza sulle scelte dei soggetti menzionati ⁽⁴⁴⁾. Come è stato, infatti, rilevato ⁽⁴⁵⁾, tale influenza potrebbe derivare, in effetti, anche dall'azione di movimenti di opinione, i quali si proponessero, ad esempio, di sollecitare determinate riforme in campo economico e sociale, od, eventualmente, di svolgere un'attività di contestazione del regime esistente. Tuttavia, queste attività non realizzerebbero un'intromissione nell'esercizio della funzione, per la ragione essenziale che esse non mirano ad inserirsi nella dinamica interna dei processi decisionali, bensì a condizionare le scelte del potere politico mediante un'azione condotta esclusivamente *ab externo*. La «pressione» esercitata sui soggetti indicati nell'art. 1 parrebbe, invece, effettivamente assumere i connotati di un'interferenza quando si traduca in suggerimenti o sollecitazioni direttamente rivolte ai titolari dell'organo, affinché questi esercitino le proprie attribuzioni in conformità a decisioni prese al di fuori delle sedi istituzionalmente competenti a valutare la rilevanza di determinati interessi pubblici ⁽⁴⁶⁾. In sintesi: l'interferenza rilevante agli effetti della disciplina in oggetto dovrebbe farsi coincidere con quella che non trova fondamento o giustificazione in norme di diritto positivo o in principi generali dell'ordinamento, o che altera comunque le condizioni di pari opportunità fra più soggetti ⁽⁴⁷⁾, sottraendosi alle regole del metodo democratico per il perseguimento dei propri scopi ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2*, cit., 2501.

⁽⁴³⁾ NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2*, cit., 2501.

⁽⁴⁴⁾ Così, tra gli altri, DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 157.

⁽⁴⁵⁾ DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 157.

⁽⁴⁶⁾ DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 157; sul punto cfr., altresì, NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., 2501.

⁽⁴⁷⁾ NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., 2501

⁽⁴⁸⁾ Così CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 189.

5. La tipologia delle condotte penalmente rilevanti.

L'art. 2 della l. n. 17 del 1982 contempla due distinti titoli di reato ⁽⁴⁹⁾. Nel primo comma, infatti, viene comminata la pena da uno a cinque anni di reclusione per chiunque promuove o dirige un'associazione segreta o svolge attività di proselitismo a favore della stessa; nel secondo comma della medesima disposizione è prevista, invece, la pena della reclusione fino a due anni per chiunque partecipi ad un'associazione segreta. La condanna per entrambi i delitti comporta, inoltre, l'interdizione dai pubblici uffici: per cinque anni nella prima ipotesi e per un anno nella seconda ipotesi. Questa articolata previsione sanzionatoria, va da sé, tende a valorizzare maggiormente il peso dell'effettiva partecipazione di ciascuno nella realizzazione dell'illecito, in quanto il rigore delle pene risulta diversamente graduato ed indirizzato.

Le responsabilità penali distintamente configurate nella disposizione in esame trovano, comunque, il loro necessario presupposto nell'esistenza dell'ipotesi delineata dall'art. 1, in quanto implicano necessariamente la ricorrenza di un elemento comune, rappresentato dall'esercizio di un'attività associativa politicamente rilevante, accompagnata alternativamente dalla segretezza dell'organizzazione o dalla segretezza dei soci ⁽⁵⁰⁾. Nell'ambito poi di tale comune prospettiva, il legislatore individua diverse tipologie di condotta penalmente rilevanti, in larga misura ricalcate su quelle previste da altre e più risalenti fattispecie associative ⁽⁵¹⁾.

Dovrà, dunque, considerarsi promotore dell'associazione colui che se ne faccia iniziatore, cercando di riunire consensi intorno al programma e adoperandosi per dar vita alla struttura organizzativa, e dirigente colui che mantiene l'effettiva facoltà di impartire disposizioni vincolanti ad altri soggetti del sodalizio. Nella normativa in esame manca, invece, una previsione espressa dei sovventori dell'associazione segreta, con la conseguenza che — come è stato rilevato ⁽⁵²⁾ — la dubbia caratterizzazione di tale figura non consente di assimilarla ai promotori e a i dirigenti; sicché l'eventuale

⁽⁴⁹⁾ L'art. 2 recita: "*Chiunque promuove o dirige un'associazione segreta, ai sensi dell'articolo 1, o svolge attività di proselitismo a favore della stessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La condanna importa la interdizione dai pubblici uffici per cinque anni.*

Chiunque partecipa ad un'associazione segreta è punito con la reclusione fino a due anni. La condanna importa la interdizione per un anno dai pubblici uffici. La competenza a giudicare è del tribunale".

⁽⁵⁰⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 94.

⁽⁵¹⁾ Per un'analisi delle diverse posizioni soggettive configurabili all'interno delle fattispecie associative cfr., per tutti, SPAGNOLO, *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1996, 5.

⁽⁵²⁾ BARBIERA, CONTENTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 129; G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 448.

sovventore che si sia limitato a fornire fondi o comunque mezzi necessari all'associazione per lo svolgimento della sua attività, risponderà, in presenza del necessario elemento soggettivo, come mero partecipe, dunque, con le più lievi pene previste dal secondo comma. Viceversa, la condotta di colui che svolge attività di proselitismo è, con un tecnica peraltro inusuale nell'ambito dei reati associativi, espressamente equiparata, *quoad poenam*, ai promotori e ai dirigenti dell'associazione. Senonché, si è osservato⁽⁵³⁾, chi svolge attività di proselitismo può anche essere estraneo all'associazione e per la sussistenza del reato non è necessario che l'attività di proselitismo abbia avuto successo, là dove la stessa sia comunque ripetuta con una certa abitualità⁽⁵⁴⁾; nel caso, invece, di fatti sporadici, l'istigatore risponderà solo dell'eventuale reato addebitabile all'istigato, cioè, verosimilmente, del meno grave reato di partecipazione all'associazione segreta, secondo le comuni regole sul concorso di persone⁽⁵⁵⁾.

La condotta di partecipazione richiede, invece, l'adesione del soggetto all'associazione, il consenso, cioè, in ordine ai suoi fini e programmi, nonché la disponibilità a compiere nell'ambito dell'associazione una qualunque attività che risulti finalizzata allo scopo associativo⁽⁵⁶⁾. Secondo l'opinione prevalente, invece, non sarebbe necessario l'effettivo compimento di atti materiali⁽⁵⁷⁾: aderendo e rendendosi disponibile, infatti, il soggetto farebbe "già proprio il fatto collettivo dell'associazione"⁽⁵⁸⁾.

Per quanto concerne, infine, il numero minimo di compartecipi richiesto, si ritiene che sia sufficiente la partecipazione di almeno due soggetti, poiché la norma, a differenza di quanto accade per altre fattispecie, quali l'associazione per delinquere e quella di tipo mafioso, non richiede la presenza di un numero minimo superiore⁽⁵⁹⁾. Secondo l'opinione prevalente, peraltro, nel numero dei compartecipi necessari dovrebbero essere computati anche eventuali soggetti non imputabili o non punibili⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵³⁾ BARBIERA, CONTENUTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 130; G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 448.

⁽⁵⁴⁾ Per la natura abituale di siffatta condotta cfr., tra gli altri, SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., 6.

⁽⁵⁵⁾ Problematicamente cfr., invece, BARBIERA, CONTENUTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 131.

⁽⁵⁶⁾ G. PIOLETTI, *Società (associazioni) segrete*, cit., 449; BARBIERA, CONTENUTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 120 ss.

⁽⁵⁷⁾ BARBIERA, CONTENUTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 122; GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete*, cit., 65.

⁽⁵⁸⁾ PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 429.

⁽⁵⁹⁾ TENCATI, *Disciplina dell'associazionismo segreto*, cit., 757; GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete*, cit., 58.

⁽⁶⁰⁾ GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete*, cit., 61.

6. *Rapporti di interferenza con altre ipotesi di reato.*

Rispetto ad altre tipologie di reati associativi, che pure hanno in comune con quello dell'associazione segreta l'identità del bene giuridico offeso, l'individuazione dei rispettivi ambiti applicativi parrebbe potersi desumere di volta in volta in modo abbastanza agevole tenendo conto o della specificità della condotta incriminata o della diversa finalità perseguita in via immediata ⁽⁶¹⁾. Tuttavia, il fatto che l'attività di «interferenza» — oltre a non risultare in alcun modo caratterizzata dall'illiceità dello scopo — debba, anzi, necessariamente consistere nell'utilizzazione di mezzi non delittuosi, induce a ritenere che non possa più ritenersi integrata la fattispecie dell'art. 1, l. n. 17/1982, allorché la condotta si connota, appunto, in termini tali da integrare un fatto penalmente illecito ⁽⁶²⁾. E ciò, sia nel caso in cui quest'ultimo si identifichi con un programma di delitti «comuni» — come quello contemplato nell'art. 416 c.p.— sia, invece, nel caso in cui ricada nell'ambito dei delitti-scopo propri di altre fattispecie di associazione politica ⁽⁶³⁾.

Si deve, inoltre, ricordare che, ai sensi dell'art. 339, comma 1, c.p., l'utilizzazione della forza intimidatrice derivante da associazioni segrete esistenti o supposte è prevista come aggravante speciale dei reati di cui agli artt. 336, 337, 338 c.p. In relazione a tale ipotesi, la Corte di Cassazione ha, peraltro, precisato che, ai fini della sussistenza dell'aggravante, è essenziale che il comportamento dell'agente, comunque manifestato, abbia ingenerato nel soggetto passivo un timore di rappresaglia da parte dell'associazione segreta, di cui l'agente possa — o lasci credere di poter — determinare l'intervento. Non è, invece, necessario che chi si avvale della forza intimidatrice appartenga effettivamente a tale organizzazione ⁽⁶⁴⁾.

ABSTRACT

Examining the problematic aspects of the constitutional prohibition of secret societies enunciated by art. 18 of the Italian Constitution, the Author enlarges on the correspondence of the definition of a secret society offered by the Italian Law No. 17 dated 25th January 1982, with the formative *ratio* of the constitutional legal norm. In particular, the investigation enlarges on the verification of those legal theories, in the opinion of which the drawing up of the incriminating model fact situation brought by the ordinary law-maker would have led to a drastic reduction of the field of application of the foregoing constitutional prohibition.

⁽⁶¹⁾ Sul punto cfr., *amplius*, BARBIERA, CONTENUTO, GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete*, cit., 136; TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit. 1985, 760.

⁽⁶²⁾ Così, per esempio, DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 162.

⁽⁶³⁾ DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., 162.

⁽⁶⁴⁾ Cass., V, 5 giugno 1986, in *Giur. it.*, 1987 II, 137.

L'Autore esamina i profili problematici del divieto costituzionale delle associazioni segrete enunciato dall'art. 18 Cost., per verificare, in particolare, la corrispondenza allo stesso della definizione di associazione segreta offerta dalla legge 25 gennaio 1982, n. 17. E ciò in quanto la formulazione delle fattispecie penali introdotte da quest'ultima, ad avviso di parte della dottrina, avrebbero comportato una drastica riduzione dell'ambito di applicabilità del succitato divieto costituzionale.

SILVIA SCHIAVO

INTORNO ALLA SENTENZA PRONUNCIATA SULLA BASE DI PROVE FALSE (*)

1. – Hanno attirato la nostra attenzione alcune fonti – due passi del Digesto ed alcuni rescritti imperiali riportati in C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit* – che trattano del problema della sentenza pronunciata sulla base di prove false.

In letteratura vi è stato un certo dibattito circa il significato di queste testimonianze: mentre da parte di alcuni si è sostenuto che in esse sarebbe descritto un caso di applicazione della *restitutio in integrum* con cui annullare gli effetti della sentenza viziata, altrimenti da considerarsi valida ⁽¹⁾, altri

(*) Il presente contributo è destinato alla pubblicazione on-line sulla *Rivista di diritto romano*, II, 2002.

⁽¹⁾ Fra coloro i quali enunciano tale posizione a proposito di queste fonti cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, pp. 192 ss. e Id., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, p. 177, e nota 135; G. PUGLIESE, *La "cognitio" e la formazione dei principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 149, nota 18. Più recentemente si veda M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, pp. 526 ss, che esamina i testi di nostro interesse quali testimonianze della *restitutio in integrum* come rimedio contro il dolo processuale. Secondo questi autori, la fattispecie in questione vedrebbe l'applicazione della *restitutio in integrum* quale mezzo di impugnazione di una sentenza, esperibile anche nel caso in cui siano scaduti i termini per la proposizione dell'appello, al quale si trova affiancata nell'ambiente processuale della *cognitio extra ordinem*. Si tratterebbe di uno dei casi di ampliamento dell'applicazione di tale istituto – di origine pretoria – nel corso della tarda età classica. Non è qui possibile occuparci per esteso della storia della *in integrum restitutio*. I nuovi casi di applicazione ampliano le fattispecie originariamente contenute nell'Editto del pretore e sono introdotti, prevalentemente, dalla cancelleria imperiale. Fra questi, particolare importanza riveste quello della *restitutio in integrum* a favore dell'*absens* nei confronti della sentenza contro di lui pronunciata, caso per cui si vedano particolarmente M.A. DE DOMINICIS, *I destinatari dei rescritti imperiali da Claudio a Numeriano*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 8, parte III (1949), p. 211; R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto "appello dell'assente"*, in *AG*, 30 (1961),

studiosi hanno invece ritenuto che le fonti in questione indicherebbero che tale sentenza, una volta data la prova del falso, è *ipso iure* nulla, e di conseguenza inidonea a produrre qualsivoglia effetto giuridico ⁽²⁾.

Noi pensiamo – e questo emergerà meglio dall'analisi delle singole testimonianze – che sia da preferirsi l'idea della *restitutio in integrum* piuttosto che quella della nullità *ipso iure* della sentenza. Vedremo infatti che nei passi dei giuristi e nelle costituzioni imperiali sono evidenziati non solo la necessità della prova del falso ma anche il fatto che esso abbia inciso effettivamente sulla

p. 8, e recentemente A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, pp. 234 ss. In generale, per trattazioni di carattere generale circa l'istituto della *restitutio in integrum* rimandiamo a L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938, p. 209, p. 308; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, pp. 435 ss.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, pp. 109 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano, 1965; M. KASER, *Studi sulla "in integrum restitutio"*, in *Labeo*, 12 (1966), pp. 238 ss.; F. FABBRINI, *Per la storia della restitutio in integrum*, in *Labeo*, 13, 1967, pp. 219 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C.*, Milano, 1974, pp. 184 ss.

(2) L'idea che nelle fonti in questione si tratti della nullità *ipso iure* della sentenza e non di un caso di applicazione della *restitutio in integrum* si trova già espressa in J. CUJACIUS, *In Lib. VII Codicis Recitationes Solemnes, Ad tit. LVIII Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit*, in *Opera*, IX, Prati, 1839, 1668, il quale afferma che nelle costituzioni appartenenti al titolo 7,58 del Codice emergerebbe la nullità *ipso iure* della sentenza, determinata da un vizio 'interno' quale sarebbe la falsità delle prove utilizzate nel processo. Cuiacio sottolinea inoltre come altra cosa, rispetto al procedimento indicato nelle fonti, sia la *restitutio in integrum* pretoria. Si veda inoltre R.G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, V, Venezia, 1835, p. 603, nota 1, dove si sottolinea – in particolare modo in relazione al frammento di Callistrato riportato in D. 42,1,33, che noi esamineremo tra breve – l'utilizzo atecnico dell'espressione *in integrum restitutio*: dalle fonti emergerebbe infatti che la sentenza pronunciata sulla base di documenti falsi è di diritto nulla; sullo stesso piano è F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, IV, Milano, 1891, il quale parla (pur nell'ambito della descrizione delle varie tipologie di *restitutio in integrum*) del caso della sentenza pronunciata sulla base di prove false come di una sentenza nulla che non ha in sé alcuna efficacia giuridica. Tra i moderni si vedano, particolarmente, H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozess*, Schramberg, s.d. (1936?), pp. 136 ss; nonchè M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 498, nota 37. Ancora, più recentemente, cfr. W. LITEWSKI, *La nullità du jugement basé sur des preuves fausses*, in *Index*, 3, 1972, pp. 503 ss., il quale ritiene che solo il frammento di Callistrato riportato in D. 42,1,33 tratti della *restitutio in integrum*. Nelle altre fonti, al contrario, non vi sarebbero riferimenti a tale istituto, ma sarebbero indicati semplicemente gli effetti scaturenti dalla nullità della sentenza. L'autore polacco si rifà sostanzialmente all'opinione espressa, circa queste fonti, da M. LAURIA, *Contra constitutiones. Primi appunti*, Napoli, 1927, pp. 16 ss., secondo il quale le costituzioni imperiali inserite in C. 7,58 non richiamerebbero affatto la *restitutio in integrum*, ma riguarderebbero al contrario casi di nullità immediatamente rilevante quando fosse stata dimostrata la falsità delle prove addotte (ma si veda L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 208 e nota 48). In generale, per una visione globale dei rapporti fra nullità e *restitutio in integrum* cfr. L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., pp. 241 ss.

sentenza: orbene, noi crediamo che se nelle fonti in oggetto fosse contemplata la nullità *ipso iure* della sentenza non sarebbe richiesta la prova del nesso causale tra l'utilizzo delle prove false e la pronuncia della sentenza ⁽³⁾. Ancora, questa interpretazione ci pare più convincente non foss'altro perché taluni dei passi menzionano espressamente la *restitutio in integrum* e gli altri, che non vi fanno cenno, sono *ratione materiae* connessi ai primi.

Al di là di questo problema, nelle pagine che seguono intendiamo principalmente soffermarci su di un altro aspetto, solo marginalmente toccato dagli autori che hanno studiato tali fonti.

L'aspetto che vogliamo approfondire è rappresentato dalla modalità con cui si perviene alla consapevolezza della falsità delle prove che hanno inquinato la decisione del giudice. Gli studiosi – sia quelli che leggono nei nostri testi un'applicazione della *restitutio in integrum*, sia coloro i quali parlano invece di nullità *ipso iure* – hanno per lo più affermato che l'accertamento della falsità delle prove avviene nell'ambito di un processo criminale, sostanzialmente tramite la proposizione di un'*accusatio falsi* ⁽⁴⁾.

A noi sembra che non sia possibile, circa questo punto, una generalizzazione. I testi a nostra disposizione, infatti, non ci paiono prospettare soluzioni univoche ma lasciano spazio ad una interpretazione per così dire più sfumata: intendiamo dimostrare che l'accertamento del falso necessario all'emanazione del provvedimento contro la sentenza inquinata possa verificarsi anche su di un piano civile.

⁽³⁾ Condividiamo le argomentazioni espresse da L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 208 ss., anche se non ci paiono completamente condivisibili le ulteriori conclusioni cui egli giunge circa lo sviluppo di questo istituto. Secondo l'autore, infatti, nelle fonti in questione sarebbe prevista la possibilità di arrivare all'annullamento della sentenza ed alla rinnovazione del giudizio una volta dimostrato il nesso causale esistente tra il falso e la sentenza; nel corso dei secoli, verrebbero elaborate soluzioni nuove circa questo problema, come sarebbe testimoniato dalla celebre costituzione di Graziano del 378 d.C. riportata in CTh. 9,20,1 (= C. 9,30,1) nella quale lo stesso processo criminale di falso rivestirebbe funzione di impugnazione. Noi pensiamo che la portata di questa costituzione sia in realtà molto diversa, e che in essa il *criminaliter agere* sia ricordato non tanto con funzione di appello, quanto piuttosto come azione che si affianca a quella civile di falso. Non potendoci in questa sede soffermare su tale complesso testo postclassico, rimandiamo, fra tutti a G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale (Contributo storico-domatico al problema dell'efficacia della scrittura)*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1947, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, pp. 1589 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, pp. 308 ss. e, da ultimo, con ampia rassegna bibliografica, M. MIGLIETTA, "Servus dolo occisus". *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de Sicariis'*, Napoli, 2001, in particolare pp. 353 ss.

⁽⁴⁾ Si vedano, particolarmente, L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 175 ss., il quale esamina tutte le testimonianze trattando dell'"impugnazione del giudizio civile viziato da un crimen"; M. BRUTTI, *La disciplina del dolo processuale*, cit., pp. 524 ss; nonché W. LITEWSKI, *La nullité du jugement*, cit., *passim*.

Com'è noto, infatti, la verifica della falsità documentale può compiersi tramite due vie. Quando un soggetto intende impugnare un documento come falso può, secondo quanto emerge da alcune fonti risalenti alle età tardo-classica e postclassica ⁽⁵⁾, proporre l'*accusatio falsi*, dando vita ad un processo criminale *ex lege Cornelia de falsis*, oppure intentare un'azione civile di falso, denominata nelle fonti *civiliter agere* o *civiliter experiri de fide instrumenti*. Con essa ha luogo un processo civile di falso, tramite il quale ci si limita a verificare l'autenticità o falsità di un documento, senza che venga in considerazione una eventuale responsabilità criminale del falsario ⁽⁶⁾.

2. – I brani che interessano sono in tutto sette: tre frammenti giurisprudenziali e quattro costituzioni imperiali. Forse giova seguire un ordine cronologico e pertanto iniziamo da un frammento dei *libri de cognitionibus* di Callistrato ⁽⁷⁾ tratto da D.42,1 *De re iudicata et de effectu sententiarum*, che cita un rescritto di Adriano:

D. 42,1,33 (Callistratus libro quinto cognitionum) Divus Hadrianus, aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: 'Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue'.

⁽⁵⁾ Le fonti di riferimento sono costituzioni imperiali contenute in CTh. 9,19 *Ad legem Corneliam de falso*; in CTh. 11,39 *De fide testium et instrumentorum* e in C. 9,22 *Ad legem Corneliam de falsis*.

⁽⁶⁾ Su questi temi, ci limitiamo qui a segnalare alcuni contributi: G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., pp. 1589 ss; J.P. ADAM, *Le faux en écriture*, (thèse), Paris, 1969; D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., pp. 298 ss.; G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 785.

⁽⁷⁾ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig, 1889, p. 90, inserisce il passo sotto la rubrica *Quando principi scribendum sit*, affiancandolo a D. 48, 19, 27pr.e a D. 48,19,27, 1-2 (passi in cui parimenti vi è l'utilizzo del ricorso all'imperatore). Critico rispetto a questa collocazione è C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, pp. 8 ss., il cui pensiero è ripreso da R. BONINI, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato*, Milano, 1984, pp. 84 s., il quale afferma che la rubrica di appartenenza del brano – sicuramente di carattere processuale – doveva avere una portata più ampia rispetto ai casi di ricorso all'autorità imperiale, e che probabilmente si riferiva ai rapporti fra differenti competenze giurisdizionali. Sulla collocazione del passo alcune riflessioni in L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., pp. 164 ss.

Nel brano il giurista riferisce una risposta di Adriano a Giulio Tarentino che si era rivolto a lui sostenendo di essere stato sconfitto nel corso di un processo poiché i suoi avversari avevano corrotto con denaro i testimoni i quali avevano dunque deposto il falso. L'imperatore concede che il processo sia riaperto (*in integrum causam restituendam*): a questo fine Giulio Tarentino è tenuto a dimostrare al giudice – il medesimo che ha condotto il precedente processo inquinato – la falsa testimonianza determinata dalla cospirazione degli avversari e l'esistenza di un nesso causale tra questa e la sentenza a lui sfavorevole; qualora il nesso causale risulti dimostrato (*si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se*), il giudice deve punire severamente il fatto e provvedere alla *restitutio in integrum* ⁽⁸⁾.

Il passo contiene, secondo parte degli studiosi, la più risalente documentazione circa l'applicazione della *restitutio in integrum* contro una sentenza emessa sulla base di prove false ⁽⁹⁾, ed è significativo in quanto al suo interno vengono delineati con precisione i presupposti necessari affinché tale procedimento trovi applicazione. Dal brano risulta infatti che al fine dell'ottenimento della *restitutio in integrum* deve svolgersi, ad opera della parte

(8) Sul brano si veda R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., pp. 112 ss., che evidenzia il ruolo del passo quale testimonianza della *restitutio in integrum* nel sistema della *cognitio extra ordinem*, e del suo utilizzo in un contesto processuale con funzione ben distinta ed autonoma rispetto a quella rivestita dall'appello. Egli richiama anche B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel diritto romano*, cit., pp. 97 ss., in cui lo studioso evidenzia come la *restitutio in integrum* viene "concepita come un mezzo giuridico col quale il giudice, riesaminata la causa, annulla o modifica la precedente decisione, dando vita ad una nuova *res iudicata*". Da questo passo di Callistrato L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 193, trae le seguenti conclusioni: 1) innanzitutto, il brano documenta la prassi di rivolgersi all'imperatore al fine di ottenere la *restitutio in integrum*; 2) nell'ambito del sistema della *cognitio extra ordinem*, il rimedio della *restitutio* si affianca all'appello "da esso mutuando il coordinamento con la peculiare posizione dell'imperatore, pur conservando per lungo tempo autonomia di funzione. Si vedano inoltre R. BONINI, *I libri "de cognitionibus"*, cit., p. 120, in cui si sottolinea come dal brano emerga la duplice competenza del magistrato della *cognitio extra ordinem*, penale e civile; e N. PALAZZOLO, *Potere imperiale*, cit., p. 225, in cui si sottolinea la contestualità dei due procedimenti: il procedimento penale e la concessione della *restitutio in integrum*.

(9) Cfr. sul punto L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 193. Sull'utilizzo, da parte di Callistrato, della normazione imperiale, rinviamo particolarmente a S. PULIATTI, *Il de iure fisci di Callistrato e il processo fiscale in età Severiana*, Milano, 1992, pp. 64 ss., il quale sottolinea il fatto che "la preminenza della normazione imperiale nel sistema di Callistrato è molto più elevata di quanto non lo sia presso tutti gli altri giuristi severiani". Si vedano inoltre le considerazioni di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971, pp. 193 ss. In generale sul rapporto tra la giurisprudenza e la normazione degli imperatori rinviamo a G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963.

danneggiata dalla sentenza, una complessa attività probatoria volta a dimostrare l'esistenza di una cospirazione a danno del soccombente. Nello stesso tempo, l'imperatore Adriano richiede che venga provato il nesso di causalità esistente tra la falsa testimonianza resa dai *testes* corrotti e la pronuncia del giudice: in sostanza, è necessaria la prova che la *religio iudicis* sia stata influenzata. In seguito a questa prova, il giudice – pare il medesimo che ha pronunciato la sentenza viziata – dovrà provvedere a punire il fatto (*rem severe vindica*) e ad attuare la *in integrum restitutio*, con la quale verranno meno gli effetti della sentenza. A tal proposito a noi sembrano nel giusto coloro i quali ritengono che non sia possibile distinguere due momenti processuali separati ed autonomi, l'uno volto all'accertamento criminale e l'altro dedicato invece alla concessione della *restitutio in integrum* qualora risulti provato il nesso causale tra la falsificazione delle prove e la pronuncia della sentenza⁽¹⁰⁾: non vi è nel passo alcun elemento che permetta di effettuare con precisione tale distinzione.

Quanto al problema dell'accertamento della falsità della testimonianza, bisogna segnalare che nel passo di Callistrato pare esservi un chiaro riferimento alla via criminale: come abbiamo detto poco sopra, la fattispecie trattata nel rescritto adrianeo prevede una *conspiratio adversariorum* nonché una *corruptio testium*; inoltre, l'imperatore ordina al giudice che il fatto sia severamente punito e ciò, a nostro modo di vedere, è indicativo di un intervento di natura criminale.

Senonchè, la natura del fatto denunciato (non falsi documenti ma falsi testimoni per di più corrotti da denaro, cospirazione degli avversari) consiglia di non generalizzare ed 'esclusivizzare' l'azione criminale per giungere all'accertamento della falsità della prova e quindi ottenere la *restitutio in integrum*. Altre potevano essere le situazioni alla base della sentenza inquinata: documenti e non testimoni, documenti che si potevano dimostrare falsi ma non per via criminale poiché il loro autore e il loro *prolator* potevano essere morti. Ancora, si pensi al caso in cui chi aveva prodotto un documento

⁽¹⁰⁾ Si veda L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 193 ss, che sottolinea come dal passo emerga l'idea che in capo al medesimo magistrato siano riunite competenza criminale e competenza civile (si veda anche la recensione a Raggi di M. AMELOTI, in *BIDR*, 65, 1962, pp. 325 ss); R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., pp. 111 ss. e p. 120 (il quale evidenzia inoltre che nel passo sarebbe descritta una ipotesi di ricorso all'imperatore analoga a quella che oggi si direbbe di revocazione della sentenza civile). Interessanti considerazioni sono effettuate anche da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., pp. 389 ss., il quale sottolinea innanzitutto come la fattispecie criminale della corruzione dei testimoni vada inquadrata nell'ambito del *crimen falsi*. Anche Brutti legge nel rescritto adrianeo la contestualità tra repressione criminale e provvedimento restitutorio, possibile nel sistema della *cognitio extra ordinem*, con l'importante precisazione che "la *restitutio in integrum* è subordinata al fatto che vi sia stata una sentenza valida e che questa appaia parzialmente o interamente condizionata dalla *circumscriptio iudicis*".

falso lo avesse fatto senza dolo, e non fosse quindi esperibile contro di lui un'*accusatio falsi* ⁽¹¹⁾. Tutti questi elementi hanno verosimilmente veicolato la possibilità di un'azione civile di falso; e, non ultimo, l'elemento dell'economia processuale, della tendenza a chiudere le liti prima possibile. È inimmaginabile che nei casi sopra indicati si facesse sempre luogo ad un'azione criminale.

Questa ci pare la prospettiva da cui vanno lette tutte le altre testimonianze, che prevedono appunto la fattispecie della sentenza che è stata pronunciata sulla base non di una falsa testimonianza, bensì di falsi documenti.

Dobbiamo registrare, peraltro, che, a differenza di quanto visto per il rescritto di Adriano in cui vi è un esplicito riferimento alla *restitutio in integrum*, nelle fonti che ci accingiamo ad esaminare non c'è l'utilizzo del termine tecnico: nonostante ciò, gli studiosi che sostengono la natura restitutoria di tale provvedimento ⁽¹²⁾ ritengono che la mancanza della terminologia tecnica non sia decisiva, dato che le fonti descriverebbero comunque le medesime conseguenze giuridiche.

Vediamo un rescritto attribuito agli imperatori Severo ed Antonino:

C. 7,58,1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Vipsaniae) Si tabulas testamenti, quas secutus proconsul vir clarissimus sententiam dixit, falsas dicere vis, praebebit notionem suam non obstante praescriptione rei iudicatae, quia nondum de falso quaesitum est. PP. v.....cons.

Gli imperatori enunciano la possibilità che si indaghi circa la falsità delle *tabulae testamenti* sulla cui base il *proconsul* ha emanato una sentenza. Si dice nella costituzione che, in tal caso, è mantenuta la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza (*praebebit notionem suam...*) e che non è concessa all'avversario l'*exceptio rei iudicatae* ⁽¹³⁾, poiché nel corso del processo che si è concluso non si è ancora accertato il falso.

Bisogna notare che nel rescritto l'attenzione degli imperatori è incentrata sul procedimento di falso, possibile anche dopo l'emanazione della sentenza: non c'è alcun cenno relativo alla sorte della sentenza. Ci pare però indiscutibile che l'accertamento del falso non sia fine a se stesso ma – come già era chiaro nel rescritto di Adriano riportato da Callistrato – propedeutico ad un

⁽¹¹⁾ Per il perfezionamento del *crimen falsi*, in effetti, è richiesto il dolo.

⁽¹²⁾ Contro coloro i quali parlano invece di nullità, su cui cfr. nota 2.

⁽¹³⁾ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 24, 1955, pp. 424 ss., sottolinea come il termine *praescriptio* abbia il significato, nell'ambiente processuale della *cognitio extra ordinem*, di *exceptio*. L'autore, precedentemente (p. 364, nota 717) evidenzia il ruolo della *restitutio in integrum* quale mezzo con cui, per motivi di equità, viene superata la preclusione processuale.

intervento sulla sentenza. Verosimilmente con la costituzione gli imperatori intendono dire che, qualora risulti il falso documentale, allora sarà possibile la riapertura del processo nel quale le *tabulae testamenti* furono utilizzate, nonostante la sentenza sia passata in giudicato. Così, anche se nel testo non viene detto in maniera esplicita, ci sembra plausibile che l'indagine sul falso documentale sia il presupposto per la concessione della *restitutio in integrum* ⁽¹⁴⁾.

Tornando al profilo che più ci interessa, come emerge dal testo, ciò che importa ai fini della riapertura della lite è l'accertamento della falsità delle *tabulae*, senza che venga detto se quest'ultimo debba avvenire *criminaliter* o *civiliter* ⁽¹⁵⁾. L'assenza di qualsiasi riferimento sicuro ad un giudizio criminale lascia aperta la possibilità che si potesse trattare anche di un giudizio civile. Ciò è suffragato dall'espressione *si tabulas testamenti falsas dicere vis* con aperta allusione al fatto che l'interessato ha come scopo la dimostrazione della falsità dei documenti e non della responsabilità criminale del falsario ⁽¹⁶⁾. Questa idea sembra peraltro farsi strada anche nelle interpretazioni che nel corso dei secoli sono state date alla nostra costituzione.

Ad esempio, nella Glossa, con riferimento a C. 7,58,1, si ricorda che l'accertamento del falso documentale può avvenire tanto *criminaliter* quanto *civiliter* ⁽¹⁷⁾. Anche la lettura di J. Brunemannus può supportare l'idea che

⁽¹⁴⁾ *Contra*, coerentemente con l'impostazione generale di cui abbiamo riferito nella nota 1, J. CUJACIUS, *In Lib. VII Codicis Recitationes Solemnes*, cit., 1668, e W. LITEWSKI, *La nullité du jugement*, cit., p. 511, secondo cui "dans les rescrits d'Alexandre Severe, l'*in integrum restitutio* est remplacée par la nullité du jugement ».

⁽¹⁵⁾ Decisamente contrario a questa lettura è W. LITEWSKI, *La nullité du jugement*, cit., p. 503, il quale afferma che "les sources disent clairement que le problème qui nous occupe s'est posé seulement quand la fausseté des preuves avait été établie dans un procès pour *crimen falsi* ». Secondo lo studioso, le fonti che stiamo studiando contemplerebbero unicamente la possibilità di agire *criminaliter* al fine dell'accertamento della falsità documentale propedeutico al successivo procedimento di riapertura della lite. Anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., p. 524 vede nel rescritto in questione un univoco riferimento al procedimento criminale: "il procedimento criminale per falso non trova alcun ostacolo nel fatto che i documenti di cui si discute siano stati considerati veridici nell'ambito di un processo civile e posti a base di una sentenza ormai divenuta definitiva".

⁽¹⁶⁾ A proposito della natura dell'azione civile di falso, volta a dimostrare la falsità del documento e non la responsabilità criminale del falsario, sono secondo noi significative alcune parole di Gotofredo poste a commento di una costituzione di Graziano del 376 d.C., (CTh. 9,19,4), disciplinante alcuni aspetti di tale azione: J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, Lipsiae, 1738, p. 183, nota f: "Nam hic de scripturae fide experiri: cui opponitur mox vindictam expetere. De scripturae fide, id est simpliciter de veritate eius...citra vindictae persecutionem: in rem magis seu in scripturam concepta actione quam in personam".

⁽¹⁷⁾ ACCURSIUS, *Glossa in Codicem, ad hanc legem*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, X, a cura di M. Viora, Augustae Taurinorum, 1968, p. 462.

abbiamo sin qui espresso. Egli infatti – nello spiegare la *ratio* della decisione imperiale secondo la quale è possibile l'indagine sulla falsità dei documenti *quia nondum de falso quaesitum est* – sottolinea come ciò sia reso possibile dal fatto che “in priori iudicio nulla facta fuerit de falso cognitio” e che “sufficit hic civiliter de falso quaeri...”⁽¹⁸⁾. Da queste parole, secondo noi, emerge l'idea che, quanto all'accertamento del falso documentale al fine della *restitutio litis*, possa bastare anche il giudizio civile. L'unico presupposto che sarebbe richiesto è che nel giudizio principale (quello, per intenderci, di cui si richiede la riapertura) non vi sia stata alcuna pronuncia in materia di falso⁽¹⁹⁾.

Ad una lettura non esclusivamente criminalistica, nonostante le apparenze, si può pervenire anche del rescritto successivo, di Alessandro Severo:

C. 7,58,2 (Imp. Alexander A. Optato) Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probare possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur. PP. XVI k. Oct. Iuliano et Crispino cons. (a. 224).

Nella costituzione vengono delineati con precisione i rapporti tra l'appello e la *restitutio in integrum* della lite appena conclusa: anche coloro i quali non hanno proposto appello hanno la possibilità di vedere riaperta la causa, per il fatto di essere risultati soccombenti sulla base di *falsa instrumenta*⁽²⁰⁾. Nel

⁽¹⁸⁾ Cfr. J. BRUNEMANNUS, *Commentarius in Codicem Justinianum*, Coloniae Allobrogum, 1771, p. 723.

⁽¹⁹⁾ J. BRUNEMANNUS, *Commentarius*, cit., p. 723, sembra limitare questa possibilità al caso che nel giudizio principale non sia stata proposta l'azione di falso, a prescindere dal fatto che il giudice si sia effettivamente pronunciato su di essa: “.et licet de falso non fuerit in sententia pronunciatum, ad excludendam tamen falsi querelam sufficit de falso ibi esse actum, et tacite pronunciatum”. Come dunque dicevamo nel testo, nella prospettiva del Brunemannus è evidenziata la necessità che nel processo principale non sia stata proposta alcuna azione di falso. La sua proposizione, infatti, consuma la possibilità che venga aperto un nuovo processo di falso finalizzato alla *restitutio in integrum*.

⁽²⁰⁾ Sul delinearsi dei rapporti tra appello e *restitutio in integrum* in questo testo cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 202 s., il quale evidenzia che, a differenza di quanto accade nel passo di Modestino in D. 44,1,11, da cui emergerebbe la necessità di un procedimento civile autonomo avente la funzione di trasferire a carico della sentenza civile precedente le conseguenze “implicite nell'accertamento criminale”, nel rescritto riportato in C. 7,58,2 sarebbe contenuta invece la regola per cui deriva direttamente dall'accertamento criminale di falso la conseguenza a carico della sentenza civile. Cfr. inoltre M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., pp. 524 ss. Differente è la posizione di W. LITEWSKI, *La nullité du jugement*, cit., pp. 503 ss, il quale ritiene che il rescritto in questione non sia testimonianza di un caso di applicazione della *restitutio in integrum*, bensì del fatto che l'utilizzo della prova testimoniale falsa (che venga accertato nel corso di un processo criminale) conduce alla nullità del giudicato civile.

testo, *prima facie*, sembra esservi un riferimento al processo criminale di falso, precisamente nell'espressione *cum de crimine docuerint*.

Senonchè, a noi pare che tale espressione non si riferisca al procedimento criminale attraverso il quale deve necessariamente essere accertata la falsità del documento. Il termine *crimen* ci sembra qui utilizzato in senso traslato per indicare la falsità del documento che è senz'altro il frutto di un crimine, ma non il procedimento. In questo passo – come quelli che vedremo successivamente – si perde qualsiasi riferimento alla responsabilità criminale del falsario. Gli aspetti criminali abbandonano la persona per incentrarsi sul documento che pare quasi divenire passibile di accusa.

A questo proposito si legga un ulteriore rescritto attribuito ad Alessandro Severo:

C. 7,58,3 (Imp. Alexander A. Clementi) Falsam quidem testationem, qua diversa pars in iudicio adversus te usa est, ut proponis, solito more arguere non prohiberis. Sed causa iudicati in irritum non devocatur, nisi si probare poteris eum qui iudicaverat secutum eius instrumenti fidem, quod falsum esse constiterit, adversus te pronuntiasset. PP. VII K. Sept.

Anche in questa costituzione viene trattato il problema dell'essersi formata una sentenza sulla base di un documento falso utilizzato, con funzione probatoria, nel corso di un giudizio. Nel caso di specie si tratta di una *testatio*. Affinché la sentenza – oramai passata in giudicato – *in irritum devocatur*, è necessaria la dimostrazione della diretta influenza che tale prova abbia avuto nella formazione del convincimento del giudice (*nisi si probare poteris eum qui iudicaverit secutum eius instrumenti fidem...*)⁽²¹⁾. Il testo è dunque significativo per la ricostruzione del meccanismo con cui avviene la riapertura della lite già conclusasi con sentenza: è fondamentale la prova del nesso causale tra falso e convincimento del giudice⁽²²⁾.

Tralasciando ora questo aspetto, vogliamo soffermarci sulla prima parte della costituzione, nella quale Severo Alessandro accorda al soggetto contro il quale è stata pronunciata la sentenza la possibilità di intentare un processo di falso contro il documento: dal testo si trarrebbe la conseguenza che, al fine della ritrattazione del giudizio civile viziato dal *crimen falsi*, deve essere dimostrata la diretta incidenza del reato rispetto alla sentenza civile che si

(21) Secondo M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 204 e n. 231, la costituzione, da *nisi* sino alla fine sarebbe interpolata.

(22) Cfr., sul punto, L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 203; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 525, e nota 243, in cui si afferma che il magistrato dovrebbe riesaminare nel merito il primo giudizio, per poter individuare quale incidenza abbia avuto sulla decisione l'uso dei falsi documenti.

assume esserne stata viziata ⁽²³⁾. Anche in relazione a questo rescritto, in dottrina si è prevalentemente parlato di un processo criminale.

A noi pare, come già per il rescritto precedente, che la terminologia criminalistica utilizzata nel testo sia rivolta più al documento che alle persone: bisogna notare, infatti, che il verbo *arguo* – il quale significa, per l'appunto, 'accusare' ⁽²⁴⁾ – ha per oggetto, nella nostra costituzione, non la persona quanto piuttosto il documento (*falsam quidam testationem...solito more arguere non prohiberis*). Non è escluso quindi che anche in questo testo ci si possa riferire ad un procedimento civile per l'accertamento del falso documentale, ad un procedimento cioè rapido, totalmente incentrato sulla *testatio* e scevro di conseguenze sulla persona ⁽²⁵⁾. D'altra parte, questo ci appare assolutamente normale se si tiene conto del fatto che, come abbiamo già sottolineato, in tutti questi testi l'indagine sulla falsità documentale non è fine a se stessa ma avviene in vista della *restitutio in integrum*.

Le medesime considerazioni possono valere, ci pare, anche per l'ultima costituzione di C. 7,58. Si tratta di un rescritto di Gordiano, che di seguito leggiamo:

C. 7,58,4 (Imp. Gordianus A. Herennio) Iudicati executio solet suspendi et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem iudicantis crimine postea falsi illato manifestis probationibus fuerit ostensum. PP. V id. Sept.

⁽²³⁾ Sul punto si vedano, per esempio, L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 192; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 525.

⁽²⁴⁾ Sul significato di *arguo* cfr. *Thesaurus linguae latinae*, s.v. *arguo*, II, Lipsiae 1900-1906, 551 ss.

⁽²⁵⁾ In un altro rescritto, collocato in C. 9,22 *Ad legem Corneliam de falsis* Alessandro Severo mostra di conoscere, come valida alternativa rispetto al processo criminale, la via civile contro il falso documentale: C. 9,22,5 (Imp. Alexander A. Petronio) *Falsi quidam crimen vel aliud capitale movere vos matri vestrae secta mea non patitur. Sed ea res pecuniarium compendium non aufert. Si enim de fide scripturae, unde eadem mater vestra fideicommissum sibi vindicat, dubitatio est, inquiri fides veritatis etiam sine metu criminis potest*. PP. III. K. Sept. Agricola et Clemente cons. (a. 230). La costituzione riveste grande importanza per quanto attiene la ricostruzione del *civiliter agere* in materia di falso documentale (cfr. sulla costituzione, tra gli altri, G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., p. 10; D. SIMON, *Untersuchungen*, cit. p. 304). In questa sede ci basti sottolineare come per Severo Alessandro il *pecuniarium compendium* contro il falso documentale rappresenti una valida alternativa rispetto all'*accusatio falsi*. Nel rescritto infatti si esclude la possibilità che un figlio intenti l'*accusatio falsi* nei confronti della propria madre, per motivi di carattere religioso: ma ciò non impedisce che venga altrimenti risolta la controversia circa l'autenticità del documento sulla base del quale la madre rivendicava un fedecommissum. Severo Alessandro ricorda come rimanga la possibilità di un *pecuniarium compendium*, ossia di una scorciatoia giudiziale da identificarsi con l'*inquiri fides veritatis*.

Gordiano tratta del caso dell'esecuzione di una sentenza pronunciata sulla base di *falsa instrumenta*. L'imperatore afferma che quando venga dimostrato con certezza che la decisione del giudice è stata influenzata (*circumventa*) dall'utilizzo dei falsi documenti si è soliti sospendere l'esecuzione del giudicato, e provvedere alla restituzione di quanto è stato adempiuto sino a quel momento. Gordiano enuncia dunque una regola che, pare, già trova applicazione (*iudicati executio solet suspendi*), ed in base alla quale la sospensione del processo esecutivo è possibile solo qualora si dimostri la falsità degli *instrumenta* e la loro incidenza sulla decisione giudiziale.

Anche in questo testo vi è, apparentemente, il riferimento ad un processo criminale di falso. Ma, come abbiamo già rilevato per gli altri testi poco sopra visti, anche in questa costituzione il profilo della responsabilità criminale sembra rimanere in secondo piano; ancora una volta i 'protagonisti' indiscussi sembrano essere gli *instrumenta*. Così, all'espressione *crimine postea falsi illato* è possibile attribuire il medesimo significato che avevamo dato alle parole *cum de crimine docuerint* di C. 7,58,2: il termine *crimen*, anche in questo testo, ci pare utilizzato in maniera traslata. Esso è sì indicativo di un evento criminoso – la falsificazione degli *instrumenta* ed il loro utilizzo come prove – ma non del procedimento criminale volto all'accertamento del falso: ancora una volta, infatti, rimangono fuori dal testo le persone, le possibili destinatarie, naturalmente, di un'*accusatio falsi*. Oggetto dell'accertamento rimangono solo i documenti, nei confronti dei quali non si può intentare un processo criminale.

Veniamo ora ad un passo di Modestino. È un brano proveniente dai *Responsa* ⁽²⁶⁾ e collocato dai compilatori in D. 44,1 *De exceptionibus praescriptionibus et de praeiudiciis*:

D. 44,1,11 (Modestinus libro tertio decimo responsorum) Qui adgnitis instrumentis, quasi vera essent, solvit post sententiam iudicis, quaero, si postea cognita rei veritate et repertis falsis instrumentis accusare velit et probare falsa esse instrumenta, ex quibus conveniebatur, cum instrumentis subscripserat ex praecepto sive interlocutione iudicis, an praescriptio ei opponi possit? Cum et principalibus constitutionibus manifeste cavetur, etsi res iudicata esset ex falsis instrumentis, si postea falsa inveniatur, nec rei iudicatae praescriptionem opponi. Modestinus respondit ob hoc, quod per errorem solutio facta est vel cautio de solvendo interposita proponitur ex his instrumentis, quae nunc falsa dicuntur, praescriptioni locum non esse.

⁽²⁶⁾ Su cui cfr., fra gli altri, P. FREZZA, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, 43, 1977, pp. 269 ss.

Il brano può essere suddiviso in due parti. Nella prima viene ipotizzato il caso di un soggetto che, condannato, adempie *l'obligatio iudicati* scoprendo solo in un secondo momento che gli *instrumenta* usati come prove nel corso del processo, e sulla cui affidabilità aveva contato ⁽²⁷⁾, sono falsi: il giurista si chiede se, qualora egli intenda 'accusare' di falso, gli sia opponibile o meno un'eccezione.

Nella seconda parte del passo Modestino risponde – richiamando l'autorità di alcune costituzioni imperiali in materia – che non è possibile opporgli la *praescriptio*. La ragione di ciò sta nel fatto che si ritiene il pagamento effettuato per errore ⁽²⁸⁾.

Come è stato evidenziato, in questo passo l'inopponibilità del giudicato civile sembra riferirsi tanto al procedimento di falso quanto all'azione rescissoria (che si realizza tramite la *restitutio in integrum*) e con cui, annullati gli effetti della sentenza viziata, la lite decisa sulla base dei *falsa instrumenta* viene riaperta ⁽²⁹⁾.

Veniamo ora alla questione che maggiormente ci interessa, ossia quella relativa alle modalità con cui è effettuato l'accertamento del falso documentale ai fini della concessione della *restitutio in integrum*. Alcuni hanno sottolineato come nel brano sarebbe presente il riferimento all'*accusatio falsi ex lege Cornelia*, e dunque ad un'azione in sede criminale ⁽³⁰⁾.

Noi pensiamo, in realtà, che anche in questo passo l'impiego della terminologia criminalistica abbia una valenza atecnica. Il giurista infatti utilizza espressioni come *...et repertis falsis instrumentis accusare velit et probare falsa esse instrumenta...*, le quali rimandano ancora una volta all'idea che oggetto dell'indagine sia esclusivamente il documento.

⁽²⁷⁾ Questa idea sarebbe resa dall'ablativo assoluto *adgnitis instrumentis*. Cfr. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 529.

⁽²⁸⁾ Cfr. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 530. Dunque sembreremmo essere in presenza di una *ratio* diversa rispetto a quella di C. 7,58,1 che abbiamo visto poco sopra: nella costituzione gli imperatori affermavano che non fosse utilizzabile *l'exceptio rei iudicatae* 'quia nondum de falso quaesitum est'.

⁽²⁹⁾ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., p. 425 nota 58 evidenzia come il brano si riferisca indubbiamente alla *cognitio extra ordinem*; ciò si trarrebbe, secondo l'autore, innanzitutto dall'espressione *accusare velit*, indicativa del campo del processo criminale "e quindi fuori dal processo dell'*Ordo*", e dal fatto che esso contiene un preciso riferimento ai rescritti imperiali. Lo studioso sottolinea inoltre come il principio espresso da Modestino sarebbe inconciliabile con i criteri formulari, secondo i quali la *litis contestatio* avrebbe precluso in maniera definitiva ogni ulteriore azione *de eadem re*. Si veda inoltre L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 187; ID. *La restitutio in integrum*, cit., p. 177, in cui sottolinea come nel passo in oggetto il provvedimento restitutorio sarebbe successivo rispetto all'accertamento criminale del falso. *Contra* M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 530 nota 250, secondo il quale non emergerebbe dal passo di Modestino alcuna distinzione tra "procedimento criminale ed impugnativa civile".

⁽³⁰⁾ Cfr. per esempio L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 186.

Le medesime considerazioni valgono anche per la seconda parte del brano, in cui Modestino, facendo riferimento ad un consolidato filone di costituzioni imperiali (*cum et principalibus constitutionibus manifeste caveatur...*), enuncia la regola secondo cui non è possibile sollevare la *praescriptio rei iudicatae* contro chi vuole far valere la falsità degli *instrumenta* sulla base dei quali è stata pronunciata la sentenza ⁽³¹⁾: con riferimento ai documenti il giurista infatti dice *'si postea falsa inveniatur'* e *'quae nunc falsa dicuntur'*: si tratta di espressioni che a nostro modo di vedere non hanno assolutamente una valenza processualcriminale.

Vediamo infine un brano delle *Pauli Sententiae*, posto sotto la rubrica *De effectu sententiarum et finibus litium* ⁽³²⁾:

PS 5,5a,10 Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admissio constiterit, eius causae instauratio iure deponitur.

Nella sentenza si afferma che è possibile la riapertura della lite quando si dimostri che la convinzione del giudice è stata influenzata dall'utilizzo di documenti falsi (*falsis instrumentis religione iudicis circumducta*), purchè la scoperta del falso sia avvenuta successivamente all'emissione della sentenza stessa. Orbene, anche nel testo in questione la terminologia criminalistica ha una valenza atecnica, poiché ancora una volta oggetto esclusivo dell'indagine paiono essere i documenti, i quali – è ovvio – non possono essere sottoposti ad un'accusa: così anche nel caso di specie la parole *de crimine admissio* non stanno secondo noi ad indicare l'apertura di un processo criminale di falso quanto piuttosto, genericamente, l'idea che la falsificazione ed il conseguente utilizzo del documento hanno costituito un *crimen*.

In definitiva, dalla lettura delle fonti sin qui condotta, appare plausibile l'idea che l'accertamento del falso documentale ai fini della *restitutio in integrum* per la riapertura del processo viziato dal *falsum instrumentum* possa avvenire anche *civiliter*, e non necessariamente tramite la proposizione dell'*accusatio falsi*. Al contrario, ci sembra che tanto nelle costituzioni imperiali quanto nei passi dei giuristi sia presente una certa tendenza a tenere ai margini le persone e la loro eventuale responsabilità criminale. Ciò

⁽³¹⁾ Secondo L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 202 la questione della opponibilità o meno della *exceptio rei iudicatae* deve intendersi nei confronti della richiesta di provvedimenti restitutori; al contrario secondo M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 426, nota 58, la possibilità che venga sollevata l'*exceptio rei iudicatae* si riferisce alla rinnovazione del giudizio: da ciò egli trae un'ulteriore conseguenza, ossia che il passo sia relativo all'ambiente processuale della *cognitio extra ordinem*.

⁽³²⁾ Alcune considerazioni su questa rubrica delle *Pauli Sententiae* in G. PUGLIESE, *La "cognitio"*, cit., pp. 165 s.

che interessa, al fine della concessione della *restitutio in integrum* nel caso di sentenza pronunciata sulla base di documenti falsi, è l'emersione di tale falsità, senza che sia sentita la necessità di una indagine criminale. Ne consegue che le testimonianze ora discusse, lungi dall'escludere, come si assume, il *civiliter agere* per l'accertamento del falso documentale, ne provano una applicazione più larga del *criminaliter agere*.

3. – Veniamo ora ad alcune brevi considerazioni sulla struttura del procedimento descritto dalle fonti sin qui esaminate.

A tal fine sarà necessario rivedere alcuni testi esaminati sinora solo nella prospettiva dell'accertamento del falso.

Una considerazione preliminare circa questi testi. Nonostante non compaia l'espressione *restitutio in integrum*, ci pare indiscutibile che essi descrivano un'applicazione di tale procedimento, e non, come sostenuto da alcuni ⁽³³⁾, casi di nullità *ipso iure* della sentenza: in entrambi si richiede infatti la dimostrazione che la prova falsa abbia effettivamente inciso sull'emanazione della sentenza (in C. 7,58,2 si dice infatti *si instrumentis falsis se victos esse probare possunt*, mentre in C. 7,58,3 le parole significative sono *nisi si probare poteris eum qui iudicaverat secutum eius instrumenti fidem...adversus te pronuntiasse*). Da ciò si trae l'idea, secondo noi, che la dimostrazione della falsità documentale non sia sufficiente per far venire meno gli effetti della sentenza ⁽³⁴⁾, che non può dunque considerarsi *ipso iure* nulla.

Il problema fondamentale posto da queste fonti è quello di distinguere i diversi momenti in cui si realizza tale procedimento che confluisce nella riapertura del processo in cui è stata pronunciata la sentenza viziata.

Se, come abbiamo detto poco sopra, nella costituzione di Severo e Caracalla (C. 7,58,1) si fa cenno unicamente alla problematica dell'accertamento del falso documentale, nei rescritti successivi è invece contenuta una più dettagliata descrizione delle varie fasi di tale procedimento. In particolare modo, ci sembra opportuno rivedere C. 7,58,2 e C.7,58,3:

C. 7,58,2 (Imp. Alexander A. Optato) Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probare possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur. PP. XVI k. Oct. Iuliano et Crispino cons. (a. 224).

⁽³³⁾ Si vedano gli autori riportati alla nota 2.

⁽³⁴⁾ Significative ci paiono le considerazioni di L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 205 ss. a proposito dell'espressione *in irritum devocari*, che non comporta, secondo lo studioso, "che il criterio risolutivo della fattispecie vada qualificato secondo gli schemi concettuali della nullità": lo studioso riporta una serie di passi in cui parimenti il termine *irritus* non sta ad indicare una ipotesi di nullità.

C. 7,58,3 (Imp. Alexander A. Clementi) *Falsam quidem testationem, qua diversa pars in iudicio adversus te usa est, ut proponis, solito more arguere non prohiberis. Sed causa iudicati in irritum non devocatur, nisi si probare poteris eum qui iudicaverat secutum eius instrumenti fidem, quod falsum esse constiterit, adversus te pronuntiasse.* PP. VII K. Sept.

In entrambe le costituzioni non è possibile distinguere con precisione il momento in cui le diverse fasi si realizzano: se da un lato emerge con sicurezza la presenza di più atti, dall'altro non si può escludere che essi si verifichino contestualmente.

In particolare, nel primo rescritto di Alessandro Severo si mette in evidenza che anche coloro i quali non hanno proposto l'appello (*et qui non provocaverunt*) possono vedere riaperto il processo qualora provino di essere stati soccombenti sulla base di *falsa instrumenta*. Com'è di immediata evidenza, non sembra possibile distinguere con precisione i diversi momenti processuali⁽³⁵⁾: non è improbabile che, dopo l'accertamento del falso, nell'ambito dello stesso procedimento si verifichi la prova del 'nesso di causalità' tra l'utilizzo della prova falsa e la pronuncia della sentenza viziata (*si instrumentis falsis se victos esse probare possunt*) e la conseguente applicazione della *restitutio in integrum* con cui si annullano gli effetti della sentenza⁽³⁶⁾.

Le medesime considerazioni possono essere avanzate, a nostro modo di vedere, anche per il rescritto successivo. In esso, dopo essere stata evidenziata la possibilità di indagare circa la falsità della *testatio*, si sottolinea che il venire meno degli effetti della sentenza è strettamente collegato alla dimostrazione dell'incidenza che le prove false hanno avuto su di essa: anche questo testo, dunque, potrebbe costituire una testimonianza a favore dell'idea della unitarietà del procedimento⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Come d'altra parte già nel rescritto di Adriano riportatoci da Callistrato, su cui cfr. il paragrafo 1.

⁽³⁶⁾ Sul punto cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., pp. 204 ss. che riconduce senza dubbio questa testimonianza sullo stesso piano di D. 42,1,33 e di D. 44,1,11 e quindi nell'alveo della *restitutio in integrum*, escludendo che il rescritto si riferisca all'appello: "Il fatto che non venga contestata la validità formale delle sentenze civili in questione, nonché l'esplicito riferimento della fattispecie ad un momento che può benissimo essere posteriore allo scadere dei termini per appellare, concorrono a caratterizzare la fattispecie stessa secondo elementi che sono tipici della *restitutio in integrum*. A quest'interpretazione non è d'ostacolo la mancanza di un esplicito riferimento testuale alla *restitutio* stessa". Cfr. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., p. 524.

⁽³⁷⁾ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 203; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., p. 525.

Vediamo ora il rescritto dell'imperatore Gordiano:

C. 7,58,4 (Imp. Gordianus A. Herennio) Iudicati executio solet suspendi et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem iudicantis crimine postea falsi illato manifestis probationibus fuerit ostensum. PP. V id. Sept.

Abbiamo già detto che il caso prospettato in questo rescritto è parzialmente diverso rispetto a quelli trattati nelle altre fonti: qui vi è infatti il riferimento all'esecuzione di una sentenza pronunciata sulla base di prove false. Il problema non è dunque semplicemente quello di annullare la sentenza ed eventualmente riaprire il processo ma di sospendere l'esecuzione già iniziata e giungere alla ripetizione di quanto già prestato, così come d'altra parte avveniva nella fattispecie descritta nel passo di Modestino ⁽³⁸⁾.

Nella costituzione si dice che quando venga dimostrato con certezza che la decisione del giudice è stata influenzata (*circumventa*) dall'utilizzo di tali prove si è soliti sospendere l'esecuzione del giudicato, e provvedere alla restituzione di quanto è stato adempiuto sino a quel momento. L'imperatore enuncia dunque una regola in base alla quale la sospensione del processo esecutivo è possibile solo qualora si dimostri la falsità degli *instrumenta* e la loro incidenza sulla decisione giudiziale. Orbene, come già avevamo detto per le fonti poco sopra viste, anche in questo caso non ci pare possibile distinguere fra i diversi momenti processuali: se da un lato emerge dal testo con chiarezza la necessità dell'accertamento del falso e la prova che esso ha influenzato il giudice, dall'altro questi momenti paiono confluire in un unico procedimento, il quale, nel caso specifico, conduce alla sospensione dell'esecuzione ⁽³⁹⁾.

La medesima struttura del procedimento può rinvenirsi, infine, anche nel già esaminato brano delle *Pauli Sententiae*:

PS 5,5a,10 Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admissio constiterit, eius causae instauratio iure deponitur.

⁽³⁸⁾ Cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 202.

⁽³⁹⁾ Ritiene che, anche in relazione a questo rescritto, non sia possibile distinguere tra i diversi momenti processuali L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 209 ss. Lo studioso accoglie una consolidata dottrina (in particolare R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., p. 110) secondo la quale "già nel diritto classico e soprattutto nelle *cognitiones extra ordinem* il provvedimento restitutorio si caratterizza proprio per l'assenza d'una autonoma attività processuale rescindente che si concluda con il *decretum* di concessione della *restitutio*, e da cui siano differenziabili nettamente gli atti del magistrato o dell'interessato che ne discendono".

In questo passo si dice, con intonazione generale ⁽⁴⁰⁾, che è possibile chiedere la ripetizione del processo (*eius causae instauratio* ⁽⁴¹⁾) quando risulti che la sentenza è stata pronunciata sulla base di documenti falsi. Anche in tal caso possiamo riconoscere la presenza di diverse fasi: oltre all'accertamento della falsità, viene richiesta, ai fini della riapertura della lite, anche la prova che il falso abbia effettivamente condizionato la convinzione del giudice: si richiede la dimostrazione che la *religio iudicis* sia stata *circumducta*.

È evidente, pure in questo testo, l'impossibilità di distinguere con chiarezza in quali momenti devono avvenire le diverse fasi del procedimento. Con ogni probabilità, così come è già stato evidenziato per gli altri brani, la *sententia* sta ad indicare che accertamento del falso ed annullamento degli effetti della sentenza (in seguito ai quali è possibile la riapertura del processo) si verificano nell'ambito di un unico procedimento ⁽⁴²⁾.

Il rescritto di Gordiano e la *sententia* paolina consentono, secondo noi, di effettuare una ulteriore considerazione. Da queste fonti più che da altre, infatti, emerge la regola secondo cui la concessione della *restitutio in integrum* e dunque la riapertura del processo hanno luogo solo quando la scoperta – e quindi l'accertamento – del falso è successiva alla sentenza. Ciò si trae, in particolare, dalle espressioni *...crimine postea falsi illato* di C. 7,58,4 e *si iam dicta sententia prius de crimine admissio constiterit..* di PS 5,5a,10: esse indicano con chiarezza il fatto che il procedimento tramite il quale si indaga sul falso deve essere successivo alla sentenza; *a contrario*, ciò significa che l'essersi già verificata una indagine di questo tipo preclude l'intero procedimento ⁽⁴³⁾.

4. – Vogliamo ora considerare le testimonianze di cui ci siamo sin qui occupati alla luce di una costituzione di Giustiniano, emanata nell'anno 530, e contenuta nel titolo C. 4, 21 *De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. sul punto M. BRUTTI, *La disciplina del dolo processuale*, cit., p. 526.

⁽⁴¹⁾ Sul significato dell'espressione cfr., ancora una volta, M. BRUTTI, *La disciplina del dolo processuale*, cit., p. 527 e nota 246, il quale sottolinea che "una analisi delle fonti ove ricorrono i termini *instaurare-instauratio* mostra come sul terreno processuale essi vengano di solito riferiti all'introduzione di mezzi di tutela o di procedimenti non più normalmente esperibili, perché estinti o perché su di essi è stata già formulata una decisione".

⁽⁴²⁾ Così L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 203, il quale fa rientrare la *sententia paolina* nel gruppo di testi in cui "l'accertamento criminale, unitamente alla prova del rapporto causale tra il *crimen* e la primitiva sentenza civile, sembra dunque determinare direttamente effetti a carico della sentenza viziata".

⁽⁴³⁾ Questa regola è espressa anche nel rescritto di Gordiano riportato in C. 7,58,1 in cui, come si ricorderà, viene detto che non è opponibile l'*exceptio rei iudicatae* a chi voglia indagare sul falso documentale *quia nondum de falso quaesitum est*.

Tale titolo del codice è dedicato alla prova documentale ed in particolare modo alla sua affidabilità. La prospettiva è dunque parzialmente differente rispetto a quella del titolo C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit* cui appartengono le costituzioni, di età classica, finora esaminate. Infatti, come è oramai chiaro, i testi raccolti in questo ultimo titolo trattano del problema della sentenza basata su prove, tra cui gli *instrumenta*, false. Il titolo 4,21, al contrario, si occupa di come possa venire assicurata l'autenticità della prova documentale, onde appunto prevenire che il giudice venga influenzato dal falso ⁽⁴⁴⁾.

Nonostante questa diversità di prospettiva, pensiamo che dall'esame della costituzione giustiniana possano trarsi importanti spunti per una migliore comprensione dei testi precedentemente studiati.

Veniamo dunque al provvedimento giustiniano:

C. 4,21,21 (Imp. Iustinianus Iuliano PP) Cum quidam instrumentum protulerit vel aliam chartulam eique fidem imposuerit, postea autem persona, contra quam ista chartula vel instrumentum prolatum est, quasi falsum hoc constitutum redarguere niteretur, ne diutius dubitetur, utrum necessitatem ei qui protulit imponi oporteret repetita vice hoc proferre, an sufficiat ei fides iam prima approbata, sancimus, si aliquid tale eveniat, eum, qui petit eam chartam iterum proferri, prius sacramentum praestare, quod existimans se posse falsum redarguere quod prolatum est ad huius modi venit petitionem. Quid enim, si, cum nosset deperditam esse chartam vel forte concrematam vel alio modo diminutam, hanc requiri adsimulans et ad difficultatem productionis respiciens huiusmodi facit petitionem? 1. Et postquam hoc ab actore vel petitore fuerit iuratum et inscriptionum pagina apud competentem iudicem deposita, tunc necessitatem imponi ei, qui protulit chartam de qua quaeritur, iterum eam apud iudicem criminis proferre, quatenus possit apud eum criminis falsitatis ventilari. 2. Sin autem dicat non esse sibi possibile eam ostendere, quia per fortuitos casus huiusmodi copia ei abrepta est, tunc subeat sacramentum, quod neque habet eandem chartulam neque alii eam dedit nec apud alium voluntate eius constituta est nec dolo malo fecit, quominus ea appareat, sed re vera ipsa chartula sine omni dolo deperdita est et productio eius sibi impossibilis est: et si tale subeat sacramentum, ab

⁽⁴⁴⁾ Su questo titolo del Codice giustiniano – in particolare nella prospettiva di un confronto con il corrispondente titolo del Codice Teodosiano, CTh. 11,39 *De fide testium et instrumentorum*, rimandiamo alle osservazioni di G.G. ARCHI, *La prova nel diritto del basso impero*, in *Iura*, 12, 1961, ora in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, p. 1855 ss.; U. ZILLETI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, pp. 167 ss.; J.P. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 432 ss.

huiusmodi necessitate eum relaxari. 3. Quod si praedictum iusiurandum subire minime maluerit, tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires adversus eum, contra quem prolata est, sed sit penitus vacuata: neque enim ulterius poenam produci contra eos qui non iuraverunt volumus, cum forsitan quidam subtili reverentia tenti nec verum sacramentum praestare patiuntur. 4. Eandem autem copiam ei praestamus, donec causa apud iudicem ventilatur. Si enim iam plenissimum finem accepit et neque per appellationem suspensa est neque per solitam retractationem adhuc lis vivere speratur, tunc satis durum est huiusmodi querellae indulgeri, ne in infinitum causae retractentur et sopita iam negotia per huiusmodi viam iterum aperiantur et contrarium aliquid nostro eveniat proposito. D. v. k. Mart. Lampadio et Oresta vv. cc. cons. (a. 530).

In questa complessa costituzione Giustiniano disciplina la proposizione dell'accusa di falso nei confronti di chi ha prodotto in giudizio un documento (*instrumentum vel alia chartula*) al quale, nel corso del giudizio medesimo, è già stata imposta la *fides* ⁽⁴⁵⁾: è già stata cioè dimostrata, da parte del soggetto che vuole utilizzare il documento nell'ambito del processo, l'autenticità dello stesso.

Nella costituzione si tratta dell'obbligo di nuova produzione del documento nel caso in cui l'avversario voglia proporre l'*accusatio falsi*.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto cfr. particolarmente G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., p. 1656, e nota 120; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 253: "Notevole è anche il provvedimento con cui, in pari data, si regola l'ipotesi della contestazione di autenticità del documento già sottoposto ad *impositio fidei* nel medesimo processo". Sul provvedimento si vedano anche le osservazioni di J.P. ADAM, *Le faux*, cit., p. 315, e nota 1, nonché di D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., pp. 299 ss. Questi autori citano la costituzione giustiniana studiando i rapporti tra giudizio civile e giudizio criminale di falso, vedendo in C. 4,21,21 un testo che attribuisce la possibilità, a chi è stato sconfitto nel processo civile, di proporre l'azione criminale. Noi non ci troviamo d'accordo con questa lettura del testo: a nostro modo di vedere, infatti, esso tratta del diverso problema dell'impugnazione criminale di falso della prova documentale cui sia stata apposta preventivamente la *fides* da parte di colui il quale intende servirsene. Quest'idea si trova già espressa negli antichi. Si veda, per esempio, H. DONELLUS, *Commentarii. Pars Prima*, Neapoli, 1762, *ad hanc legem* p. 272, il quale è molto chiaro in questo senso. Egli infatti sostiene che, dopo l'attribuzione della *fides* al documento, possano trovare spazio tanto l'impugnazione criminale quanto quella civile, pur occupandosi specificatamente il testo giustiniano di un problema attinente l'impugnazione criminale (sul quale cfr. oltre). Più in generale, sull'istituto della *impositio fidei*, al quale in questo testo giustiniano vi è un chiaro riferimento, rimandiamo, fra tutti, a M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 602 ss, M. TALAMANCA, *Documento e documentazione*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, pp. 548 ss; U. ZILLETI, *Studi sulle prove*, cit., pp. 167 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., pp. 298 ss.; M. AMELOTI-G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Roma, 1975, p. 26

L'imperatore – risolvendo una questione che probabilmente era dibattuta da tempo ⁽⁴⁶⁾ – stabilisce che l'obbligo di nuova produzione dell'*instrumentum* possa essere imposto al *prolator* solo qualora la controparte giuri di richiedere la nuova produzione perché in grado di dimostrare la falsità del documento: *sancimus, si aliquid tale eveniat, eum, qui petit eam chartam iterum proferri, prius sacramentum prestare, quod existimans se posse falsum redarguere quod prolatum est ad huius modi venit petitionem*. La ragione di ciò è evitare che tale richiesta venga avanzata con finalità meramente dilatorie. In particolare, il giuramento è imposto per impedire che l'accusatore proceda pur essendo a conoscenza del fatto che l'*instrumentum* è andato perduto durante lo svolgimento della vicenda processuale ⁽⁴⁷⁾.

Ancora, con la costituzione si richiede che chi intende impugnare il documento presenti una formale accusa di fronte al giudice competente: *et postquam ab actore vel petitore fuerit iuratum, et inscriptionum pagina apud competentem iudicem deposita, tunc necessitatem imponi ei, qui protulit chartam, de qua queritur, iterum eum apud iudicem criminis proferre, quatenus possit apud eum crimen falsitatis ventilari* ⁽⁴⁸⁾.

Nella seconda parte della costituzione, Giustiniano tratta del caso in cui il *prolator*, che sarebbe tenuto ad una nuova produzione del documento, affermi di non averlo più a propria disposizione, poiché, *per casus fortuitos*, esso è andato perduto. Anche in tal caso è previsto il giuramento: qualora si verifichi l'ipotesi sopra descritta, il *prolator* deve giurare (*tunc subeat*

⁽⁴⁶⁾ Si noti infatti che Giustiniano utilizza, nella prima parte della costituzione, l'espressione *ne diutius dubiteretur*, la quale sta ad indicare il fatto che l'imperatore voglia troncare ogni discussione su questo punto. Si trattava probabilmente di un problema molto dibattuto.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto si veda particolarmente U. ZILLETI, *Studi sul processo civile*, cit., p. 253, nota 65. L'autore sottolinea come questo giuramento abbia però una valenza ulteriore: "questo giuramento non ha niente a che vedere col *iusiurandum de dilatione*: esso ha infatti un contenuto positivo, e non si limita a dichiarare l'assenza di volontà dilatoria, come in C. 2,58,1pr., bensì il buon fondamento della *petitio*". Sul giuramento richiamato in questo punto della costituzione, rinviamo anche a J. CUJACIUS, *Ad Lib. IV Codicis Recitationes Solemnes, Ad. Tit. XXI De fide instrumentorum, ad hanc legem*, in *Opera*, cit., IX, 433, il quale registra un dibattito, presente nella letteratura antica, circa il valore del giuramento di cui si parla nel testo. In particolare, Accursio confonderebbe questo giuramento con il *iusiurandum de calumnia*; Cuiacio sottolinea come, al contrario, la conseguenza della calunnia discenda automaticamente dalla *inscriptio* richiesta nella costituzione all'accusatore.

⁽⁴⁸⁾ Bisogna sottolineare che questa parte della costituzione è indicativa del fatto che la proposizione del giudizio criminale di falso deve avvenire di fronte ad un giudice differente rispetto a quello che sta conducendo il processo. Sul punto si veda D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 299, il quale sostiene che comunque la decisione sulla necessità di una nuova produzione del documento deve essere presa dal giudice del processo civile.

sacramentum) che la mancanza di disponibilità dell'*instrumentum* non è a lui imputabile ⁽⁴⁹⁾.

L'imperatore prospetta inoltre l'ipotesi del rifiuto di prestare giuramento. Orbene, in questo caso la conseguenza è il venire meno dell'efficacia probatoria del documento, che viene considerato come se fosse falso, a prescindere da un'indagine sulla sua autenticità: *quod si praedictum iusiurandum subire minime maluerit, tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires adversus eum contra quem prolata est, sed si penitus vacuata: neque enim ulterius poenam produci contra eos qui non iuraverunt volumus, cum forsitan quidam subtili reverentia tenti nec verum sacramentum prestare patiuntur*. Viene dunque sancita l'inutilizzabilità della *chartula*, molto probabilmente solo nell'ambito del processo civile in cui è stata prodotta: si dice infatti che *nullas habeat vires adversus eum contra quem prolata est* ⁽⁵⁰⁾.

Veniamo ora alla parte della costituzione che più ci interessa, riguardando essa il momento in cui può essere proposta l'accusa di falso. Rileggiamola: *eandem copiam ei praestamus, donec causa apud iudicem ventilatur. Si enim iam plenissimum finem accepit et neque per appellationem suspensa est neque per solitam retractationem adhuc lis vivere speratur, tunc satis durum est huiusmodi*

⁽⁴⁹⁾ Sul tipo di giuramento richiamato in questa costituzione si veda S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS, 1913, pp. 159 ss, in particolare p. 241, in cui si dice, in relazione al testo che "si ricorre al giuramento per reprimere qualsiasi dubbio o attacco in ordine a scritte che, prodotte una volta in giudizio, non si possono più presentare, perché perdute o distrutte". Secondo U. ZILLETI, *Studi sul processo civile*, cit., p. 253 nota 65, in questo specifico caso il giuramento costituirebbe prova dell'impossibilità di produzione del documento.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., in questo senso, U. ZILLETI, *Studi sul processo civile*, cit., p. 253, nota 65, e D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 300. Differente è l'opinione di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 399. Si tratta, comunque, dell'unica sanzione che verrebbe imposta al *prolator*. Giustiniano ricorda infatti come possa accadere che il *prolator* opponga tale rifiuto perché *subtili reverentia tentus*, perché spinto cioè da motivazioni di carattere religioso: in questo caso, afferma l'imperatore, nessuna ulteriore conseguenza negativa gli deve essere imposta. Su questo punto: C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1886, p. 252; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 407, nota 2. Recentemente, cfr. A.D. MANFREDINI, *Le serment et l'objection de conscience en droit romain*, in *Le monde antique et le droits de l'homme. Actes de la 50^e Session de la Société internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, Bruxelles, 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, pp. 289 ss., in cui l'autore sottolinea come la costituzione giustiniana, da questo punto di vista, si inserisca nella tendenza verso una maggiore tolleranza nei confronti di chi, per motivi religiosi, si rifiutava di prestare giuramento. In generale, per un collegamento fra istanze religiose e giuramento nelle età postclassica e giustiniana si veda F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, pp. 97 ss. Considerazioni sul giuramento in età giustiniana anche in S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro (Atti del Convegno, Modena, 21-22 maggio 1998)*, Milano, 2000, pp. 61 ss.

querellae indulgeri, ne in infinitum causae retractentur et sopita iam negotia per huiusmodi viam iterum aperiantur et contrarium aliquid nostro eveniat proposito.

Come dicevamo poco sopra, con queste parole Giustiniano delimita temporalmente la possibilità che si proponga l'*accusatio falsi* nel corso di un processo: in effetti, tale possibilità è concessa solamente nell'ambito del processo medesimo, o, al massimo, qualora sia stata proposta una impugnazione nei confronti della sentenza⁽⁵¹⁾. La *ratio* della scelta legislativa riposerebbe nella volontà di impedire l'infinito protrarsi dei processi, ed il riaprirsi di questioni oramai sopite da tempo⁽⁵²⁾.

Orbene, proprio la giustificazione data dall'imperatore alla propria scelta legislativa ci induce a credere che questa parte della costituzione vada interpretata in modo univoco, contrariamente a quanto è stato fatto nel corso dei secoli.

In effetti, nella letteratura dei Culti alla costituzione di cui ci stiamo occupando è stata data una lettura che noi non condividiamo pienamente. Con tale lettura, infatti, a nostro modo di vedere si confondono due differenti prospettive.

Tanto Cuiacio quanto Donello sostengono con decisione che la preclusione temporale indicata nel testo deve riferirsi non alla proposizione dell'*accusatio falsi*, quanto piuttosto alla possibilità di chiedere al *prolator* la nuova produzione del documento⁽⁵³⁾: il fatto che la lite si sia conclusa, e

⁽⁵¹⁾ Sulle espressioni *solita retractatio* e *per appellationem suspensa* cfr. fra tutti B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., p. 95; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518-1 agosto 527)*, in *SDHI*, 37, 1971, p. 184 e nota 118.

⁽⁵²⁾ Tale scelta ci sembra perfettamente in linea con la politica legislativa in materia di processo ed in particolare modo circa la fase istruttoria attuata da Giustiniano, politica volta ad impedire l'abuso del processo, su cui, recentemente, in C. BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio*, in *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano* reperibile sul sito www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html, e C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002.

⁽⁵³⁾ Cfr. H. DONELLUS, *Commentarii*, cit., p. 272, che si riferisce a questo limite temporale come "tempus petendi": "Tempus petendi idoneum, causa, propter quam haec editio petitur, et iusiurandum, quod ab eo exigitur. Tempus idoneum hoc statutus, si nondum plane finita sit causa, in qua instrumentum prolatum est. Quod si iam ea causa finita sit, ita ut nullo remedio attentari possit, non licet petere, ut id instrumentum iterum edatur. Haec pars posita est in extremo huius legis. Itaque ordine scripturae". Si veda inoltre J. CUJACIUS, *Ad Lib. IV Codicis Recitationes Solemnes, ad hanc legem*, in *Opera*, IX, cit. 433: "Nunc sic dico: lite per appellationem, vel per retractationem suspensa, adhuc quis cogitur instrumentum semel iudici probatum, quod nunc dicitur falsum, iterum iudici exhibere: lite autem appellatione, vel retractatione non suspensa, non cogitur iterum proferre, quia lis est finita". La medesima idea, fra i moderni, è accolta da C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., p. 252: "se la sentenza era già passata in giudicato, non si ammetteva più domanda di ripresentazione, perché le cause non si potevano condurre all'infinito".

che non sia stato proposto l'appello, né altra impugnazione contro la sentenza, non impedisce che si agisca *criminaliter* contro chi ha prodotto il documento che si presume essere falso.

L'argomento che accomuna i due pensatori in questa interpretazione della costituzione giustiniana è rappresentato dalla possibilità – sancita proprio dai rescritti imperiali di C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit* – di proposizione dell'*accusatio falsi* nei confronti del documento anche dopo la conclusione del processo in cui è stato utilizzato⁽⁵⁴⁾. Essi dunque traggono dalle costituzioni che poco sopra abbiamo esaminato l'idea che l'impugnazione di falso possa essere indifferentemente proposta prima o dopo la sentenza, con la conseguenza che Giustiniano, con C. 4,21,21, avrebbe inteso unicamente porre un limite alla possibilità di richiedere una nuova produzione del documento.

Noi crediamo che invece l'imperatore abbia voluto, al contrario, limitare la proponibilità dell'accusa di falso⁽⁵⁵⁾.

Fondiamo la nostra interpretazione in primo luogo sul dato testuale: si dice infatti nel provvedimento che, se il processo si è concluso e non è stato proposto appello o altro tipo di impugnazione della sentenza, *tunc satis durum est huiusmodi querellae indulgeri*. A noi pare indiscutibile che il termine *querella* che compare nella frase si riferisca al procedimento di impugnazione di falso nel suo insieme, piuttosto che alla nuova produzione del documento.

Ancora, l'imperatore – come abbiamo già notato poco sopra – esplicita la *ratio* della propria scelta normativa sostenendo che lo scopo è *ne in infinitum causae retractentur*: la frase è di immediata comprensione laddove si intenda il limite temporale imposto all'accusa di falso; essa, com'è noto, ha l'effetto di sospendere il processo civile nel corso del quale si utilizza il documento.

Questa interpretazione trova inoltre riscontro, ci sembra, nel passo dei Basilici corrispondente alla nostra costituzione, nel quale si dice che dopo la

⁽⁵⁴⁾ H. DONELLUS, *Commentarii*, cit., p. 272 : « Ergo is, qui petit instrumentum, de quo quaeritur, iterum exhiberi : recte id petit, si nondum res iudicata sit : in qua id instrumentum prolatum est, aut res sit intra tempora constituta ad appellandum, aut is, qui victus est, in integrum restitui possit... Non adversantur hoc loco haec constitutiones, quae permittunt causam retractare quovis tempore, si ex falsis instrumentis iudicatum sit... Nam haec constitutio non vetat agi de falso quovis tempore, sed vetat peti, ut idem instrumentum causa omnino finita iterum edatur: ut is, qui de falso acturus est, probationes falsi ab adversario postulet"; J. CUJACIUS, *Recitationes Solemnes in lib. IV Codicis*, in *Opera*, cit., 433, parimenti evidenzia la possibilità dell'*accusatio falsi* anche *post finem litis*; in questo caso il processo criminale di falso sarebbe propedeutico all'*agere ex integro*, ossia alla possibilità di ricominciare il processo civile annullato per la scoperta di prove false.

⁽⁵⁵⁾ Trovandoci così d'accordo con D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 299.

sentenza, ed in mancanza di proposizione dell'appello, non è possibile incardinare l'accusa di falso:

B. 22,1,79,4 (ed. Scheltema, A III 1059) Ἄχρι δὲ καταδίκης μόνον ἐξέστο διαβάλλειν τὸν προενεχθέντα χάρτην πλαστόν· εἴαν γὰρ καταδίκη γένηται καὶ μηδὲ ἔκκλητος παρακολουθήσει, οὐκ ἔξεστι τὸν ἅπαξ ἀποδειχθέντα ἀληθῆ χάρτην ὡς πλαστόν αἰτιᾶσθαι ⁽⁵⁶⁾.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, riteniamo possibile affermare che la costituzione giustiniana di C. 4,21,21 ed i rescritti classici accolti nel titolo 7,58 affrontano l'impugnazione di falso da due prospettive differenti, che non possono venire confuse.

Da un lato, i testi appartenenti al titolo *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit* disciplinano l'impugnazione di falso – probabilmente, come si è visto nei paragrafi precedenti, sia *criminaliter* che *civiliter* – propedeutica alla *restitutio in integrum*, ossia alla riapertura del processo che si è concluso con sentenza viziata da prove false, e con cui si realizza una funzione di impugnazione della sentenza (funzione che è propria, oggi, della revocazione ex art. 395 n. 2 c.p.c, come vedremo tra breve).

Dall'altro, la costituzione giustiniana del 530 d.C. disciplina un particolare aspetto dell'*accusatio falsi* (ossia l'obbligo di nuova produzione dell'*instrumentum* da parte del *prolator*) nell'ipotesi però in cui si voglia impugnare un documento che si sospetta essere falso prima del concludersi del processo, al fine di evitare che la sentenza sia influenzata dallo stesso. Siamo dunque nell'ambito di una prospettiva che può definirsi incidentale.

Ancora, la diversità di funzione dell'impugnazione di falso di C. 4,21,21 e quella disciplinata invece nei rescritti imperiali di C. 7,58 può ricavarsi secondo noi anche da una regola che abbiamo individuato nei rescritti e nelle *Pauli Sententiae* ⁽⁵⁷⁾: in questi testi si diceva che la proposizione dell'impugnazione di falso dopo la sentenza (al fine della riapertura del processo) è possibile *quia nondum de falso quaesitum est*: è ammissibile solo qualora nel corso del processo non sia già stata sollevata tale questione ⁽⁵⁸⁾.

L'impugnazione di falso che si verifica prima della sentenza esclude dunque quella successiva. Questo è un ulteriore motivo che ci induce a

⁽⁵⁶⁾ Cfr. la traduzione latina in Heimb., II, 504: *Liceat autem usque ad condemnationem duntaxat chartam prolatam falsi arguere. Nam si condemnatio facta neque appellatio subsequuta sit, chartam, quae vera semel approbata est, quasi falsam arguere non licet.*

⁽⁵⁷⁾ Si riveda il paragrafo precedente.

⁽⁵⁸⁾ Come si ricorderà, insiste su questo punto J. BRUNEMANNUS, *Commentarius*, cit., p. 723.

sottolineare la differenza esistente fra i due procedimenti di falso: mentre quello disciplinato in C. 4,21,21, può incardinarsi solo fino alla pronuncia della sentenza, quello disciplinato invece dai rescritti imperiali che i giustiniani raccolgono nel titolo 7,58 del Codice, propedeutico alla *restitutio in integrum* è incardinabile dopo l'emanazione della sentenza (e, *a contrario*, quando la sentenza non è impugnata in altro modo, per esempio tramite l'appello⁽⁵⁹⁾), e purchè prima di questo momento non si sia ancora trattato del falso.

5. – Vogliamo chiudere questo lavoro con alcune considerazioni di carattere storico-comparatistico che possono aiutare, secondo noi, a comprendere meglio certi aspetti delle fonti viste sinora.

Gli studiosi del processo civile moderno hanno evidenziato che l'istituto romanistico della *restitutio in integrum* costituirebbe un antecedente della revocazione, moderna forma di impugnazione di una sentenza, anche passata in giudicato⁽⁶⁰⁾, ammissibile in casi che sono oggi tassativamente previsti dal codice di procedura civile⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Sui rapporti fra appello e *restitutio in integrum*, si rivedano le pagine di L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, cit., pp. 157 ss.; nonché le riflessioni di R. ORESTANO, *L'appello*, cit., in particolare alle pp. 134 ss, ed inoltre B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., pp. 97 ss.; F. FABBRINI, *Per la storia*, cit., pp. 220 ss. Recentemente cfr. F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, pp. 245 ss, in cui si evidenziano i due ordini di rapporti intercorrenti fra l'appello e la *restitutio in integrum*: se da un lato l'appello poteva essere utilizzato come rimedio contro il provvedimento di concessione o di diniego della *restitutio*, d'altro lato, la *restitutio in integrum* poteva servire come estremo rimedio per ottenere il riesame di decisioni oramai divenute definitive. L'autore dedica poi la sua attenzione all'ulteriore evoluzione dell'istituto nel corso dei secoli IV e V, evidenziando come nel Codice Teodosiano scompaiano i riferimenti a questo istituto.

⁽⁶⁰⁾ Il nostro codice di procedura civile prevede infatti, all'art. 395, due tipi di revocazione: la revocazione cosiddetta ordinaria, che, alla pari dell'appello e del ricorso per cassazione, condiziona il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, e la revocazione straordinaria, con cui è possibile impugnare una sentenza anche passata in giudicato. I motivi riconducibili alla revocazione ordinaria sono indicati ai punti 4 e 5 dell'art. 395, e concernono l'essere stata pronunciata la sentenza sulla base di un errore di fatto e l'essere la sentenza in contrasto con un'altra avente efficacia di giudicato fra le medesime parti. I motivi di cui ai punti 1,2,3,6 dell'art. 395, al contrario, sono relativi alla revocazione straordinaria. Tra questi, ricordiamo particolarmente – poiché ci interessa in questa sede – il punto 2, in base al quale la sentenza può essere impugnata per revocazione “se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza”.

⁽⁶¹⁾ Sottolineano ampiamente il rapporto esistente tra la moderna revocazione della sentenza pronunciata sulla base di prove false e l'istituto della *restitutio in*

Tale paragone, a nostro modo di vedere, è particolarmente efficace quando si prenda in considerazione lo specifico caso della revocazione della

integrum i commentatori dei codici di procedura civile degli Stati Sardi del 1854 e al codice di procedura civile italiano del 1865. Fra tutti, ricordiamo P.S. MANCINI, G. PISANELLI, A. SCIALOJA, *Commentario al codice di procedura civile per gli Stati Sardi*, IV, Torino 1857, p. 517 “È ancora qui da ricordare un'altra istituzione del Diritto romano, la *restitutio in integrum*, la quale data segnatamente pe' minori, estesa ad ogni vincolo giuridico e principio di un ordine di disposizioni che appartengono al Diritto civile, pure per la sua forma e gli effetti aveva grande analogia col rimedio giudiziale della ritrattazione, e talvolta nel corso del Diritto fu confusa con quella”. Cfr. inoltre F.S. GARGIUOLO, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, III, Napoli 1879, pp. 357 ss, in cui si evidenzia il ruolo della *restitutio in integrum* contro “il dolo e le sorprese”, ed i suoi rapporti con la *supplicatio* e l'appello. Ancora, si veda A. BUTERA, *Rivocazione delle sentenze civili*, in *Il Digesto italiano*, XX, Torino, 1913-1918, pp. 1512 ss., il quale ricostruisce la storia dell'istituto dal diritto romano ai codici moderni, evidenziando come, attraverso l'influenza del diritto canonico, il rimedio contro le sentenze anche passate in giudicato venga recepito nella legislazione francese, prima nell'ordinanza del 1667, e poi nel codice di procedura civile: tanto nel primo quanto nel secondo caso, sono previsti tassativamente i motivi per cui il suddetto rimedio (requête civile) può essere esperito. Secondo la ricostruzione dello studioso, anche l'ordinamento della procedura civile dell'Impero germanico del 1879 recupera la tradizione della *restitutio in integrum* del diritto romano e del diritto canonico, sotto il nome di “azione per restituzione”. L'influenza del diritto romano – attraverso il modello costituito dalla legislazione francese – si rileva anche nel codice degli stati sardi del 1854 e nel codice italiano unitario del 1865. Ripercorre le tappe storiche del nostro istituto, evidenziandone la radice romanistica, anche D. PIROZZI, *Rivocazione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XIV, Milano, 1904, pp. 789 ss. Contrario a questa prospettiva pare essere, invece, G. PATERI, *Dei mezzi per impugnare le sentenze*, Torino, 1888, pp. 338 ss., il quale ritiene piuttosto che debba ravvisarsi un legame con l'istituto della *retractatio*. Secondo l'autore, molteplici sarebbero i motivi per cui non andrebbe accolto il paragone fra il moderno istituto della revocazione e quello romanistico della *restitutio in integrum*: essa non era da considerarsi un vero e proprio mezzo di impugnazione; si concretizzava piuttosto in un'azione restitutoria da proporsi innanzi a qualsiasi magistrato, e che non escludeva l'appello. Anche nell'ambito della dottrina formatasi sotto la vigenza dell'odierno codice di procedura civile si rinviene il riconoscimento del suddetto legame. Fra tutti, E. FAZZALARI, s.v. *Revocazione*, in *ED*, XL, Milano 1989, pp. 293, il quale evidenzia la riconducibilità della revocazione alla *restitutio in integrum* del diritto romano postclassico; C.A. NICOLETTI, *La revocazione della sentenza*, Milano, 1988, pp. 8 ss., ed inoltre, recentemente, F. ROTA, *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, Torino 1998, pp. 473 ss., che sottolinea l'appartenenza di questo mezzo di impugnazione “ad un'antica tradizione giuridica, con regole sedimentatesi attraverso le varie codificazioni”. L'autore evidenzia inoltre (p. 476, nota 1) la mancanza, nella nostra letteratura, di uno studio relativo all'evoluzione storica della revocazione. Si veda anche C. CONSOLO, *La revocazione delle sentenze della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, in particolare pp. 41 ss. e nota 38 per riflessioni di carattere storico-comparatistico. Costituisce una trattazione completa relativa allo sviluppo storico della revocazione COGNETTI DE MARTIIS, *La rivocazione della sentenza nella procedura civile*, Torino 1900.

sentenza pronunciata sulla base di prove false ⁽⁶²⁾, di cui le nostre fonti paiono costituire un notevole precedente ⁽⁶³⁾.

Alla luce di ciò, vogliamo rapidamente verificare se e come taluni aspetti che abbiamo evidenziato nelle fonti siano mantenuti anche nel moderno istituto della revocazione, con riferimento in particolare al motivo della sentenza pronunciata sulla base di prove false: intendiamo così ripercorrere brevemente le tappe delle moderne codificazioni ⁽⁶⁴⁾.

Il primo codice di procedura civile che ci interessa è quello degli Stati Sardi del 1854, fortemente influenzato dal modello francese ⁽⁶⁵⁾: in esso, all'art. 592, sono ripresi tutti i motivi di revocazione disciplinati dal Code Napoléon.

Tra questi vi è, appunto, il motivo della sentenza fondata su documenti falsi. La revocazione risulta ammissibile purchè la falsità fosse ignorata dalla parte soccombente, e tale ignoranza si sia protratta per tutto il corso del giudizio. Ancora, è necessario che la prova della falsità sia certa e formatasi anteriormente all'inizio del procedimento di revocazione: è indispensabile una sentenza preliminare che l'accerti ⁽⁶⁶⁾.

La prova del falso sembra dunque rimanere estranea rispetto al giudizio di revocazione vero e proprio.

⁽⁶²⁾ Per l'odierno codice di procedura civile, cfr. art. 395 n. 2 ("Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione...2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza"); per il codice di procedura civile del 1865, cfr. l'art. 494, n. 2, che circoscrive l'impugnazione al caso dell'utilizzo della prova documentale falsa ("La sentenze pronunciate in contraddittorio dalle autorità giudiziarie in grado d'appello possono essere rivate sull'istanza della parte: ...2) se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, o che la parte soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa").

⁽⁶³⁾ Questo è già sottolineato da R. BONINI, *I libri de cognitionibus*, cit., p. 111 in relazione al rescritto adrianeo contenuto nel passo di Callistrato in D. 42,1, 33, e da L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili*, cit., p. 185, nota 20.

⁽⁶⁴⁾ Per quanto riguarda la legislazione precedente, rimandiamo agli autori che se ne sono specificatamente occupati, tra cui D. PIROZZI, *Revocazione*, cit., pp. 707 ss., il quale sottolinea il limitato sviluppo dell'istituto nel medio evo italiano.

⁽⁶⁵⁾ Il modello francese è quello della *requête civile*, forma di impugnazione a critica vincolata prevista dal codice di procedura civile del 1806 il quale si rifà, a sua volta, ad un'ordinanza di procedura del 1667. Per un riepilogo della storia dell'istituto nel diritto francese rinviamo ancora una volta a D. PIROZZI, *Revocazione*, cit., pp. 793 ss.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto: P.S. MANCINI, G. PISANELLI, A. SCIALOJA, *Commentario*, cit., IV, pp. 541 ss., in cui viene criticata la posizione di alcuni autori francesi, i quali sosterebbero la possibilità (quando il documento consista in una scrittura privata) che il riconoscimento e la dichiarazione della falsità possa avvenire anche nell'ambito del giudizio di revocazione.

Per quanto attiene al codice unitario del 1865, il punto di riferimento è rappresentato dall'art. 494, articolo in cui sono delimitati i motivi per i quali è ammessa la revocazione. A noi interessa il motivo riportato al punto 2, secondo il quale una sentenza pronunciata in grado d'appello può essere revocata su istanza di parte "se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, o che la parte soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa" ⁽⁶⁷⁾.

Presupposto fondamentale previsto dal codice del 1865, dunque, è la falsità dei documenti, dichiarata o riconosciuta prima o dopo la sentenza: e proprio questo è l'elemento che a noi maggiormente interessa.

In primo luogo, bisogna effettuare una netta distinzione tra la dichiarazione della falsità documentale ed il riconoscimento della stessa. La dottrina operante sotto la vigenza del codice del 1865 afferma che il riconoscimento avviene ad opera della parte che si è servita del documento falso o falsificato; al contrario, la dichiarazione si verifica ad opera del giudice.

A tal proposito, si è sottolineato che la dichiarazione deve avvenire "per mezzo di una sentenza penale o civile, avente forza di cosa giudicata" ⁽⁶⁸⁾: è

⁽⁶⁷⁾ Il fondamento della norma viene rinvenuto "su di un supremo motivo di ordine pubblico": non è assolutamente ammissibile, per l'ordinamento giuridico, che una sentenza basata su documenti di cui sia stata evidentemente provata la falsità, continui a produrre i suoi effetti. Cfr. D. PIROZZI, *Rivocazione*, cit., p.804. Il fondamento di questo motivo di revocazione viene individuato nelle fonti di C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel falsis testimoniis iudicatus sit*. Si rileva che il motivo di revocazione era indicato in maniera più vaga nell'ambito dell'ordinanza del 1667, nella quale si parlava semplicemente di documenti falsi, senza specificare quando il falso dovesse essere accertato. Nel codice di procedura civile del 1806, invece, il motivo di revocazione viene meglio descritto: si specifica, cioè, che l'accertamento della falsità rimane distinto rispetto al giudizio di revocazione. Infine, nel codice sardo del 1859 si ammise la possibilità di agire in revocazione anche nel caso in cui l'accertamento della falsità del documento fosse avvenuto prima della sentenza ed il soccombente l'avesse ignorato. Ancora, sul rapporto diretto fra questo motivo di revocazione e le costituzioni di C. 7,58, cfr. A. BUTERA, *Rivocazione delle sentenze civili*, cit., p. 1538. Di opinione contraria rispetto a questa diretta derivazione sembra essere L. LANDUCCI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, IV, cit., p. 8, nota 6, il quale sottolinea che vi sarebbero numerose differenze fra il procedimento di revocazione disciplinato dall'art. 494 n. 2 e la fattispecie descritta in D. 42,1,33 e nei rescritti imperiali di C. 7,58: "mentre là, secondo l'indole dell'istituto romano poteva domandarsi l'esame stesso della falsità delle prove, qui bisogna la prova sia avvenuta dopo la sentenza o, se prima, ne ignorasse la falsità la parte soccombente". A noi pare, invece – come abbiamo cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti – che anche nell'ambito delle fonti romane l'accertamento della falsità sia cronologicamente successivo rispetto all'emanazione della sentenza, e propedeutico rispetto al procedimento di *restitutio in integrum*.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. D. PIROZZI, *Rivocazione*, p. 805.

fondamentale che il documento sia dichiarato falso in maniera definitiva ed irrefutabile, e che dunque vi sia certezza circa questo dato ⁽⁶⁹⁾.

È quindi fuor di dubbio che la dichiarazione del falso, oltre che per via criminale, possa avvenire – quando si tratti di atto pubblico, scrittura privata autenticata o giudizialmente riconosciuta – in forma civile tramite la querela di falso: e tale procedimento, pare, può essere intentato tanto in via principale quanto in via incidentale ⁽⁷⁰⁾.

Si è inoltre sottolineato in dottrina come sia fundamentalmente preclusivo, rispetto alla possibilità di impugnare per revocazione la sentenza, il fatto che la parte soccombente fosse a conoscenza della falsità nel corso del giudizio. Ciò emerge anche dalla relazione al Re sul progetto del codice di procedura civile, nella quale si dice che “la parte che nel giudizio di merito non ha elevato l’eccezione del falso vi ha rinunciato; e la sua rinuncia, sia pure implicita, ma perfettamente valida, è coperta dall’autorità del giudicato, la quale assorbe, com’è noto, tutte le eccezioni dedotte e che potevansi dedurre contro la domanda...” ⁽⁷¹⁾.

È dunque pacifico, sotto la vigenza del codice di procedura del 1865, che l’accertamento della falsità documentale, ai fini della revocazione della sentenza, possa avvenire per via criminale o per via civile. È inoltre non controverso il fatto che l’accertamento del falso rimanga esterno rispetto al giudizio di revocazione: il giudice della revocazione non è investito di tale accertamento ⁽⁷²⁾.

Esaminiamo ora la disciplina dettata dal codice di procedura civile del 1942, attualmente in vigore. Come già visto, la norma di riferimento è rappresentata

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. BUTERA, *Rivocazione delle sentenze civili*, cit., p. 1538. Si sottolinea, inoltre, come sia necessaria a questo fine la sentenza che pronuncia sulla falsità e non sia sufficiente invece la dichiarazione (in seguito all’interpellazione effettuata dal giudice) di non volersi più servire del documento da parte del soggetto che di quel documento si sta servendo.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. ancora D. PIROZZI, *Rivocazione*, cit., p. 805: “la sentenza civile, che pronunzia sulla querela di falso, sia che si tratti di falso incidente, sia che si tratti di falso principale, fa stato *erga omnes*, e quindi in base alla medesima deve ritenersi accertata la falsità del documento. Non basta, perché si possa ritenere falso il documento, la dichiarazione fatta dalla parte interpellata, a norma dell’art. 298 del cod. di proc. civ., di non volersi servire del documento, poiché essa parte è sempre libera di servirsi del documento medesimo in altra controversia”. I commentatori a questo articolo del codice, inoltre, sottolineano il fatto che per l’ordinamento è assolutamente indifferente che l’utilizzo del documento falso sia avvenuto con consapevolezza da parte del soggetto che l’ha prodotto in giudizio. Ciò che importa è che sia rilevata la sua oggettiva falsità: da questo punto di vista, dunque, appare sicuramente sufficiente la verifica tramite la querela di falso e non per mezzo del giudizio penale.

⁽⁷¹⁾ Riportata da A. BUTERA, *Rivocazione delle sentenze civili*, cit., p. 1538.

⁽⁷²⁾ Cfr., fra gli altri, G. PATERI, *Dei mezzi per impugnare*, cit., p. 338; D. PIROZZI, *Revocazione*, cit., p. 805.

dall'art. 395. Leggiamolo nella parte che qui interessa: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:... 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza...".

Notiamo innanzitutto come il dettato dell'art. 395 sia più ampio rispetto a quello del corrispondente articolo del codice del 1865. Oggi infatti la revocazione è ammessa più in generale in caso di falsità della prova, e non solo per falsità documentale. Rientra così nel n. 2 dell'art. 395 anche la falsa testimonianza: si tratta senza dubbio di un ritorno alla disciplina romanistica poiché la possibilità della *restitutio in integrum* era prevista anche nel caso di sentenza pronunciata sulla base di falsa testimonianza ⁽⁷³⁾.

Pure nell'attuale formulazione dell'articolo è stato mantenuto il riferimento al riconoscimento ed alla dichiarazione della falsità della prova quali presupposti per l'impugnazione della sentenza tramite la revocazione ⁽⁷⁴⁾; ancora, è opinione consolidata nella dottrina maggioritaria e costante in giurisprudenza che l'accertamento del falso debba essere esterno rispetto al giudizio di revocazione: esso non può esserne oggetto ⁽⁷⁵⁾.

Pur essendo necessario segnalare che nella moderna dottrina non ha suscitato grande interesse il problema delle modalità con cui la dichiarazione giudiziale di falso dovrebbe avvenire ai fini della revocazione, ci sembra

⁽⁷³⁾ Si riveda il brano di Callistrato riportato in D. 42,1,33 che noi abbiamo commentato in apertura di queste pagine. Bisogna però sottolineare come sotto la vigenza del codice del 1865 vi fosse un acceso dibattito dottrinale circa la possibilità di far rientrare, nel motivo di revocazione di cui al punto 2 dell'art. 494, anche la falsa testimonianza ed il falso giuramento.

Da parte di alcuni si è infatti sostenuto che – dovendosi escludere l'applicabilità, in presenza di queste fattispecie, dell'art. 494 n. 1 – anche in caso di falso giuramento e falsa testimonianza debba trovare applicazione l'art. 494 n. 2. Questo avverrebbe poiché "il risultato della prestazione del giuramento, al pari di quello della costruzione di qualsiasi altra prova, costituisce un documento. Infatti, chi potrà negare che il processo verbale, col quale si constata il prestato giuramento, non sia un vero documento?". Cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, II, Torino, 1894, pp. 722 ss. Contrario a questa posizione è A. BUTERA, *La revocazione*, cit., p. 1541, il quale sottolinea come non debbano confondersi il contenuto della testimonianza o del giuramento con il documento che serve a dimostrarli. Anche secondo D. PIROZZI, *Revocazione*, cit., p. 806, non sarebbe possibile ricondurre i casi di falso giuramento e di falsa testimonianza sotto il disposto del n. 2 dell'art. 494. Su questo dibattito cfr., più recentemente, V. COLESANTI, s.v. *Sentenza civile (revocazione della)*, in *NNDI*, XVII, Torino, 1969, pp. 1165.

⁽⁷⁴⁾ Su cui cfr., fra gli altri, V. COLESANTI, s.v. *Sentenza civile*, cit., p. 1166.

⁽⁷⁵⁾ Cfr., per esempio, S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, II, Parte seconda, Milano, 1962, p. 325. Contrario è A. ATTARDI, *La revocazione*, cit., pp. 165 ss., secondo il quale – dovendosi ritenere i motivi di revocazione solo come indici della probabile ingiustizia della decisione – sarebbe sufficiente che la falsità sia quantomeno probabile o verosimile.

diffusa l'opinione secondo cui tale dichiarazione può avere luogo anche tramite una sentenza civile; pare dunque pacifico che anche la querela di falso, quando si tratti di atto pubblico o scrittura privata legalmente riconosciuta o verificata giudizialmente – costituisca un procedimento idoneo a questo fine ⁽⁷⁶⁾; presupposto necessario nell'ambito della moderna revocazione è, in definitiva, che la falsità venga accertata con sentenza – civile o penale non importa – passata in giudicato.

Da questa rapida indagine emergono secondo noi tanto elementi di discontinuità quanto di continuità rispetto alla disciplina romanistica della *restitutio in integrum* contro la sentenza pronunciata sulla base di prove false.

Ravvisiamo una forte discontinuità rispetto al diritto romano nella struttura del giudizio. Abbiamo infatti cercato di evidenziare, effettuando l'esegesi dei due passi giurisprudenziali e dei rescritti imperiali, come sia molto difficile distinguere con precisione i diversi momenti in cui il complesso procedimento si snoda: l'accertamento del falso e l'annullamento degli effetti della sentenza sembrano verificarsi quasi contestualmente, e, con ogni probabilità, di fronte allo stesso giudice. Quanto al moderno istituto, è invece palese l'estraneità del giudizio di falso rispetto alla revocazione vera e propria: come abbiamo detto poco sopra il falso costituisce un suo presupposto, di cui il giudice dell'impugnazione deve semplicemente prendere atto.

Elemento di continuità è l'indifferenza circa le modalità con cui il falso può venire accertato. Come abbiamo visto per il diritto romano, anche nel moderno istituto della revocazione ciò che importa è che via sia certezza sulla falsità delle prove, indipendentemente dal fatto che tale certezza sia acquisita per via criminale o per via civile.

Infine, ulteriore elemento di continuità è rappresentato dalla preclusione, tanto nella disciplina romanistica, quanto in quella moderna, che si ha nel caso in cui sia già stata sollevata la questione del falso nell'ambito del processo in cui sono utilizzate le prove false: nelle fonti si fa strada, in questo caso, l'opponibilità della *exceptio rei iudicatae* ⁽⁷⁷⁾, mentre nella disciplina del codice del 1865 e del codice del 1942 tale preclusione si trae dal requisito per l'ammissibilità della revocazione rappresentato dall'ignoranza, in capo alla parte soccombente, della falsità delle prove utilizzate nel corso del giudizio.

⁽⁷⁶⁾ Tra gli studiosi che hanno dedicato alcuni cenni al problema segnaliamo CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1951, p. 216, il quale ricorda la possibilità che l'accertamento del falso avvenga in sede civile o in sede penale. Esclude comunque che sia sufficiente, ai fini della revocazione, la dichiarazione di rinunciare ad utilizzare il documento contro cui sia stata proposta querela di falso da parte del soggetto che, appunto nel quadro della querela, viene sottoposto all'interpellazione; si veda inoltre G. DE STEFANO, *La revocazione*, Milano, 1957, pp. 148 ss. Chiaro in tal senso è anche A. ATTARDI, *La revocazione*, cit., pp. 167 ss.

⁽⁷⁷⁾ Si rivedano particolarmente, su questo punto, C. 7,58,1 e D. 44,1,11.

ABSTRACT

Some classical texts (four constitutions in C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit* and two fragments, one by Callistratus and one by Modestinus) describe what happens when, in a trial, it's used a false proof, referring in particular way to documentary evidence. The author thinks that these sources provide the possibility of *restitutio in integrum* against the sentence, and that it's enough, for verifying forgery, *civiliter agere de fide instrumenti*. The author also discusses, in a comparative perspective, about modern 'revocazione' (*ex art. 395, n. 2 c.p.c.*) which has the same function as the proceeding described in ancient sources.

Alcuni testi classici (quattro costituzioni riportate in C. 7,58 *Si ex falsis instrumentis vel testimoniis iudicatum erit*, e due frammenti, uno di Callistrato ed uno di Modestino) descrivono che cosa accade quando, nel corso di un processo, viene utilizzata una prova falsa, con particolare riferimento alla prova documentale. L'autrice ritiene che nei testi sia accordata la possibilità della *restitutio in integrum* contro la sentenza e che sia sufficiente, ai fini dell'accertamento del falso, il procedimento civile (*civiliter agere de fide in instrumenti*). L'autrice, inoltre, in prospettiva comparatistica, tratta brevemente del moderno istituto della revocazione (*ex art. 395 c.p.c.*) che assolve la medesima funzione del procedimento descritto nelle fonti antiche.

GIOVANNI TUZET

NORME E NOVITÀ

*Le présent n'est jamais notre fin:
le passé et le présent sont les moyens;
le seul avenir est notre fin.*
(PASCAL)

Lo scopo di questo breve scritto è quello di interrogare la relazione concettuale fra *norme* e *novità*. Indicheremo quali presupposti filosofici giustifichino tale interrogazione, e quali conclusioni se ne possano trarre, malgrado la brevità delle analisi presentate. L'approccio seguito è un approccio *pragmatista*, che cerca di armonizzare, in relazione alle scienze normative, la metodologia pragmatista di Charles S. Peirce (1839-1914) e lo strumentalismo di John Dewey (1859-1952).

1. – È sensato interrogare la relazione fra norme e novità? Se lo è, come crediamo, quali sono i *presupposti filosofici* di tale interrogazione? Essenzialmente due: una *concezione evoluzionista* delle norme e una *tesi pragmatista* a loro riguardo. In primo luogo, se le norme avessero uno statuto non storico o non evolutivo, non avrebbe alcun senso interrogare la relazione concettuale fra norme e novità; in secondo luogo, se non avessero un carattere pragmatico – cioè, se non servissero delle finalità – sarebbe difficile spiegare perché gli uomini e le società si diano norme e si adoperino al loro miglioramento e alla loro revisione. Infatti, cosa si intende dicendo che una norma ha un carattere pragmatico? Si intende che è capace di soddisfare un fine (o che almeno è supposta farlo). Il quadro in cui la relazione fra norme e nuovo sarà interrogata, pertanto, è quello per cui il contenuto delle norme è determinato da *relazioni fra mezzi e fini* ⁽¹⁾. Ma tali presupposti, non verranno espressamente indagati

⁽¹⁾ Cfr. J. DEWEY, *Theory of Valuation* (1939), in *The Later Works, 1925-1953*, ed. by J.A. Boydston, Carbondale and Edwardsville, Southern Illinois University Press, vol. 13, 1988, pp. 191-251.

qui. Confidando nella loro plausibilità, verranno assunti come condizioni della relazione concettuale fra norme e novità. Più in particolare, vedremo se possa parlarsi di una relazione concettuale fra contenuto delle norme e novità, precisamente fra *entità normative* e novità, chiedendoci, cioè, se le entità di cui si predicano le finalità normative debbano avere a tale scopo un carattere di novità.

(Lasciemo da parte la questione dello statuto ontologico delle norme, estremamente complessa e dibattuta. Diremmo solo che, per il nostro approccio, una relazione normativa è una relazione fra mezzi e fini, e che una norma è l'entità logico-linguistica che rappresenta tale relazione).

2. – Non facciamo riferimento ad un singolo tipo di norme, ad esempio le norme giuridiche, ma alle norme in generale e secondo una nota tripartizione che le divide in norme *estetiche, etiche, logiche*. A questa tripartizione di norme corrisponde la tripartizione fra le c.d. *scienze normative*, cioè estetica, etica, logica. Il loro fine è, rispettivamente: il *bello*, il *bene*, il *vero*.

Pare che l'espressione 'scienze normative' sia stata utilizzata per la prima volta nella seconda metà dell'800, da Wundt, che ne elabora la detta tripartizione, ripresa da molti autori fra cui Peirce⁽²⁾ e Frege⁽³⁾. Georges Kalinowski vi ha espressamente dedicato un'opera⁽⁴⁾. Noi cercheremo di riprendere il tema delle scienze normative per porre in luce la relazione fra norme e novità. Ma prima ancora dovrà vedersi la natura del 'dovere' normativo e lo statuto di tali scienze.

In generale, le scienze normative determinano ciò che *deve essere*. L'interesse della riflessione di Peirce sta nell'ordine in cui tali scienze vengono poste: la logica poggia sull'etica che a sua volta poggia sull'estetica. Infatti, la logica è la scienza di come dobbiamo condurre il pensiero, e poggia sull'etica in quanto scienza di come dobbiamo condurre noi stessi, che poggia

⁽²⁾ Cfr. ad esempio CP 1.577 (1902-1903), CP 5.34 e 5.108 (1903). (La sigla 'CP' sta per i *Collected Papers* di C.S. PEIRCE, 8 voll., ed. by C. Hartshorne, P. Weiss, and A. Burks, Harvard University Press, 1931-1958; la sigla è seguita dal numero di volume e di paragrafo). Sulle scienze normative *chez* Peirce, vedi specialmente V.G. POTTER, *Charles S. Peirce on Norms & Ideals*, The University of Massachusetts Press, 1967; C. TIERCELIN, *Peirce on Norms, Evolution and Knowledge*, in *Transactions of the C.S. Peirce Society*, 1997, pp. 35-58; cfr. C. SINI, *Semiotica e filosofia*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 66 ss.

⁽³⁾ "La parola «vero» indica alla logica la direzione, così come «bello» la indica all'estetica e «buono» all'etica" – G. FREGE, *Ricerche Logiche, Il pensiero* (1918-1919), trad. di R. Casati, a cura di M. Di Francesco, Milano, Guerini, 1988, p. 43. Sulla normatività della logica v. soprattutto P. ENGEL, *La norme du vrai*, Paris, Gallimard, 1989.

⁽⁴⁾ G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative. (Une contribution à la théorie de la science)*, Paris, LGDJ, 1969.

sull'estetica in quanto scienza delle finalità intrinseche⁽⁵⁾. Ma vi sono due punti che Peirce non chiarisce del tutto: (A) come si definisce il 'dovere' determinato dalle scienze normative; (B) come si specifica lo statuto delle scienze normative.

(A) La logica è la scienza di come *dobbiamo* pensare. Ma in che termini si definisce tale 'dovere'? In *termini finali*, possiamo rispondere, appoggiandoci in particolare allo strumentalismo di Dewey: posto un determinato fine, è 'dovuta' la condizione che lo realizza. Quindi, riprendendo Peirce, il senso del 'dovere' logico è chiarito dal vero come *fine* del pensiero: la logica è la scienza di come *dobbiamo* pensare se vogliamo determinare il *vero*. Analogamente, l'etica è la scienza di come *dobbiamo* agire se vogliamo realizzare il *bene*. Mentre l'estetica, ancora secondo Peirce, è la scienza del *bello* inteso non in senso soggettivo ma come fine in sé, la scienza di ciò che *dobbiamo* realizzare in quanto di per sé valevole. (E se è vero che il 'dovere' si definisce in termini finali, le norme hanno un valore di verità corrispondente al valore di verità della relazione finale che rappresentano).

(B) In generale, le scienze *normative* enunciano *ciò che deve essere*, mentre le scienze *teoriche* enunciano *ciò che è*. Ma dire che una scienza normativa 'enuncia' o 'determina' ciò che deve essere, è dire qualcosa di vago, suscettibile di essere specificato in modi piuttosto diversi. Secondo le tre ipotesi principali esaminate da Kalinowski nell'opera citata, una scienza normativa è: 1) una scienza che *contiene* norme; 2) una scienza che *studia* norme; 3) una scienza che *fonda* norme. La disputa sulla scienza normativa, ricostruita da Kalinowski, nasce letteralmente nella seconda metà dell'800 e prosegue nel 900; ma si tratta di una disputa che nel contenuto è ben più antica: Kalinowski ne rintraccia le origini nelle considerazioni aristoteliche sulla classificazione delle scienze – oltre alle *scienze teoriche*, esistono *scienze pratiche*? oltre alla conoscenza teorica, esiste una conoscenza pratica? in cosa consisterebbe? quali rapporti vi sarebbero fra l'una e l'altra? Più in particolare, l'attenzione di Kalinowski si rivolge alla scienza giuridica: è una scienza normativa? se sì, in quali termini?

Qui, in riferimento alla relazione concettuale fra norme e novità, verrà considerata la prima accezione di scienza normativa: è normativa una scienza che *contiene* norme. Si può considerare che anche Peirce ne parli in questa accezione. A parere di Kalinowski è Husserl ad offrirne la più compiuta formulazione⁽⁶⁾. D'altra parte, come lo stesso Kalinowski ricono-

⁽⁵⁾ "Esthetics is the science of ideas, or of that which is objectively admirable without any ulterior reason [...]. Ethics, or the science of right and wrong, must appeal to Esthetics for aid in determining the *summum bonum*. It is the theory of self-controlled, or deliberate, conduct. Logic is the theory of self-controlled, or deliberate, thought; and as such, must appeal to ethics for its principles" (CP 1.191, 1903).

⁽⁶⁾ G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, cit., p. 19 ss.

sce nella conclusione dell'opera citata, tali accezioni non sono affatto incompatibili. Anzi, una loro integrazione permetterebbe di comprendere a pieno il fenomeno della normatività.

3. – Husserl propone una concezione di scienza normativa come scienza *contenente* delle norme (o composta da norme). Il punto filosoficamente importante è che, stando alla ricostruzione di Kalinowski, Husserl non le attribuisce una connotazione *deontica* ma una connotazione *ontica*, giacché le norme enunciano quali condizioni un'entità deve soddisfare per avere un certo carattere. Il modello, che qui chiameremo (M), è questo:

(M) per essere *A*, un'entità *deve* essere *B*.

Il verbo 'dovere' non inganni sulla natura della norma: è una *norma ontica*, in quanto esprime le condizioni a cui *A* è predicabile di un'entità. (In questi termini, Husserl cerca di mostrare come le scienze normative abbiano un fondamento teorico e come si distinguano dalle scienze puramente pratiche).

Ora, i presupposti evoluzionisti e pragmatisti che abbiamo evocati determinano intuitivamente la relazione fra *norme* e *novità*, ma quello che qui, più a fondo, vorremmo vedere, è se vi sia, anche, una relazione fra *entità normative* e *novità*, intendendo per 'entità normative' le entità di cui si predicano le finalità normative. Prendendo la logica ad esempio e rispetto al modello (M): se la logica ha il vero come finalità, e se il vero si predica dei pensieri, il carattere di *novità* è una condizione (ulteriore) che un *pensiero* deve soddisfare per soddisfare le finalità della logica? Ossia, la verità è la sola condizione che un pensiero deve soddisfare per soddisfare le finalità della logica o è una condizione necessaria ma non sufficiente? Riformulando (M) in (M'):

(M') per *soddisfare le finalità della logica*, un pensiero deve essere (anche) *nuovo*?

Considerato che *prima facie* il bello, il bene e il vero sono le rispettive finalità delle scienze normative e che il *bello* si predica in senso lato di un *oggetto*, il *bene* di un *atto* e il *vero* di un *pensiero*, semplificando il modello (M') e rispetto al tema della relazione fra *entità normative* e *novità* si possono formulare le tre domande:

(M1) per essere *estetico*, un oggetto deve essere nuovo?

(M2) per essere *etico*, un atto deve essere nuovo?

(M3) per essere *logico*, un pensiero deve essere nuovo?

4. – Seguendo la tripartizione evocata, l'*estetica* è la scienza normativa che ha come fine il *bello*. Ma la domanda (M1) chiede se, per essere estetico, un oggetto debba essere (anche) *nuovo*.

Non pare azzardato dire che rispetto all'estetica – o almeno all'estetica moderna – la dimensione della novità è cruciale. L'estetica si occupa del bello, è vero, ma si deve riconoscere che un oggetto bello, almeno in arte, deve molto della sua esteticità alla sua novità, più o meno accentuata che sia⁽⁷⁾. Che senso *estetico* avrebbe lo scolpire un'opera identica ad una statua di Michelangelo, o scolpire *come* Michelangelo scolpiva, cioè con il suo *stile*? Che lo si faccia a poco tempo di distanza o a secoli di distanza, il punto non cambia. L'opera non nuova sembra mancare di una condizione essenziale dell'estetica.

Di certo la copia o l'opera simile non possono dirsi oggetti privi di qualità estetiche, anzi. Si pensi il caso di una copia posta in un museo durante un restauro dell'originale. Essa non deluderà i visitatori ignari, ed anche coloro che sono a conoscenza della sostituzione non mancheranno di apprezzarne le qualità se apprezzano l'originale e se la copia le riproduce fedelmente. Ma appunto perché essa *sta al posto dell'originale*. Se le due fossero poste l'una accanto all'altra specificando che l'una è l'originale e l'altra la copia, a quale si interesserebbero i visitatori, i critici, i semplici curiosi? E se qualcuno pubblicasse a proprio nome dei versi di un poeta celebre, oltre a suscitare una reazione per plagio, che interesse potrebbe suscitare presso gli amanti della poesia? O si pensi ad un brano musicale, e al diverso interesse che possono suscitare l'interpretazione canonica e l'interpretazione mai sentita, *nuova*.

Crediamo di poter dire che l'oggetto estetico si definisce in base a due requisiti: la *bellezza* e la *novità*. Un oggetto non nuovo può essere comunque bello (come la copia della statua), ma manca del secondo requisito per essere un oggetto pienamente estetico. – Ciò vale certamente per le opere d'arte in senso stretto, ma non meno per il *design*; vale meno invece per la bellezza 'naturale': ad esempio, una rosa non ha alcun bisogno di essere nuova...

Almeno per gli oggetti d'arte, i due requisiti sono condizioni necessarie ma non sufficienti se prese non congiuntamente (il bello non nuovo, non è estetico; il nuovo non bello ancor meno); è necessaria e sufficiente la loro congiunzione. Ma si noti che il primo requisito, il bello, ha una preminenza, poiché il primo senza il secondo è più estetico del secondo senza il primo; inoltre, esso vale da solo per gli oggetti 'naturalmente' estetici, anche se pure in questo caso si potrebbe avanzare un'obiezione: se fosse lo stesso tramonto ad essere visto tutte le sere, perderebbe presto la sua qualità estetica; la natura non si ripete in modo identico, anche nella natura opera il nuovo; dunque, *la congiunzione di bello e nuovo è condizione necessaria e sufficiente dell'estetico*.

(7) Si noterà una diversa messa a fuoco rispetto all'estetica come presentata da Peirce: qui si tratta meno della scienza dell'intrinsecamente desiderabile che della scienza del bello. Ma è sostenibile che la seconda sia una specificazione della prima.

5. – L'*etica* è la seconda delle scienze normative. È la scienza che ha il *bene* come fine. Ma la domanda (M2) chiede se, per essere etico, un atto debba essere (anche) *nuovo*.

Pare fuori luogo pensare che il nuovo possa essere un carattere necessario di un atto configurabile come etico. Anzi, l'atto etico sembra definirsi nel puro rispetto delle norme etiche. Se in *estetica* ci sono delle norme specifiche – ad esempio di composizione – i risultati non ne devono essere la mera applicazione; deve esserci in essi quel margine di originalità che li contraddistingue come opere estetiche. Al contrario, si direbbe, la norma *etica* deve essere puramente applicata, seguita, e non in modo 'originale', non in modo fantasioso, o creativo, o sorprendente. Essa prescrive che in date circostanze un agente si comporti in un dato modo. Con ciò, un atto buono resta buono, che sia compiuto da un agente per la prima o ennesima volta.

Ma si potrebbe dire che, almeno nel lungo periodo, il nuovo può emergere come affermazione di nuove norme morali, di nuovi *habits* di natura morale⁽⁸⁾. (A volte un singolo esempio, immorale per il proprio tempo, può essere d'ispirazione e riferimento per i tempi a venire). E si consideri ancora: posta una certa finalità etica, ciò che può suscitare maggiore sorpresa e ammirazione è un nuovo tipo di atto, non atteso, che più o meglio di altri precedentemente contemplati sappia realizzare la finalità. Resta, tuttavia, che nel breve periodo l'*etica* non richiede il nuovo e che l'emergere di nuove forme di moralità riguarda soprattutto la relazione fra nuovo e norme e meno quella fra nuovo e contenuto delle norme, fra nuovo ed entità normative. Nuova o non nuova che sia, si direbbe, una norma etica non richiede necessariamente che un atto sia nuovo al fine di essere etico. *Il bene è condizione necessaria e sufficiente dell'etico*.

6. – La *logica* è la terza delle scienze normative. È la scienza che ha il *vero* come fine. Ma la domanda (M3) chiede se, per essere logico, un pensiero debba essere (anche) *nuovo*.

Ci sia permesso, senza fermarci sulle relazioni fra pensieri e proposizioni, proseguire l'analisi in termini di proposizioni, in virtù della migliore trattabilità logica di queste e del fatto che, semplificando, le proposizioni esprimono i pensieri e al pari di questi sono vere o false.

Una proposizione vera, resta vera che la si pronunci per la prima o ennesima volta (salvi i 'cambi di tempo' per le proposizioni che non abbiano un carattere 'eterno', e la cui verità va dunque specificata rispetto alle condizioni di riferimento e di enunciazione). La qualità di proposizione

⁽⁸⁾ Cfr. ad esempio CP 3.160, 5.371, 5.480, 5.491-494, 5.510, sulla nozione di *habit*, nozione di natura eminentemente psicologica ma suscettibile di acquisire delle connotazioni etiche e logiche.

logica e vera non diminuisce proporzionalmente al numero di volte che la si enuncia o impiega.

Ma enunciare più volte una proposizione vera comporta una *ripetizione*. Si pensi a chi nella stessa circostanza si comporti sempre correttamente: sarà giudicato una persona integerrima, ecc. Si pensi a chi ripeta sempre la stessa cosa. Non sarà considerato né gentile, né intelligente. Ma quanto da lui detto non cesserà di essere vero.

Si pensi per di più alla natura di una proposizione sempre vera ($2 + 2 = 4$, 'piove o non piove'). Secondo la terminologia adottata da Wittgenstein nel *Tractatus* (1921) ed invalsa nell'uso contemporaneo, una proposizione sempre vera è una *tautologia* (in fondo non può che ripetere il suo valore di verità, diremmo). Una verità senza possibile eccezione, una tautologia, è una verità triviale.

Dunque, nel rapporto fra logica (verità) e nuovo, c'è un'ambivalenza che è dovuta al carattere *informativo* che si richiede ai pensieri, alle proposizioni, agli enunciati. Un enunciato vero resta vero, ma non è informativo se ripetuto. E il requisito dell'informatività si misura rispetto alla *novità*. La nozione che a tal punto è cruciale è quella di *inferenza*.

In logica è informativa l'*inferenza* che conduce a conclusioni nuove, che cioè contengono informazione nuova rispetto a quella contenuta nelle premesse. In questi termini, anche rispetto alla logica il nuovo ha importanza. Certo non sarà una condizione del logico, né necessaria, tantomeno sufficiente. La conclusione di un'inferenza, se è vera, non ha bisogno di essere nuova. Ha un carattere logico che non perde se non è nuova. Né di certo una qualsiasi proposizione per il solo fatto di essere nuova è logica. Ma se vuole essere informativa deve essere nuova, oltre ad essere vera. Dunque, se la logica ha una finalità informativa, le conclusioni di un'inferenza devono essere sia vere che nuove. *La congiunzione di vero e nuovo è condizione necessaria e sufficiente dell'informatività logica.*

7. – Riassumendo quanto detto sulle tre scienze normative: il nuovo è una condizione dell'estetica; non è una condizione dell'etica (anche se può incidere su di essa e determinarla nel lungo periodo); è una condizione della logica se intesa in senso informativo. Alle tre domande esposte al punto 3 può risponderci analiticamente così:

(M1) per essere *estetico*, un oggetto deve essere *bello e nuovo*;

(M2) per essere *etico*, un atto deve essere *buono*, mentre non importa, almeno nel breve periodo, che sia nuovo;

(M3) per essere *logico in senso stretto*, un pensiero deve essere *vero*, ma per essere *logico e informativo* deve essere *vero e nuovo*.

8. – In conclusione di questo scritto, veniamo a considerare un tipo di norme più specifico: le *norme giuridiche*. Che rilevanza possono avere le

precedenti considerazioni rispetto a tali norme? Quale rapporto fra *norme giuridiche* e *novità*?

Prima di tutto bisognerebbe determinare il carattere delle norme giuridiche. La concezione che vorremmo difenderne, in continuità con l'approccio utilizzato per le norme in generale, è una concezione *pragmatista*, secondo la quale il senso delle norme è determinato dalle finalità per cui sono stabilite⁽⁹⁾. Qui non abbiamo la possibilità di approfondire l'argomento, ma in forma molto schematica proponiamo la distinzione fra *effettuali interni* ed *effettuali esterni*, distinzione che abbiamo altrove presentata per rendere conto dell'aspetto *finale* delle norme giuridiche⁽¹⁰⁾.

L'*effettuale interno* è parte del contenuto di una norma. Costituisce la conseguenza normativa (*q*) che una norma *N* (se *p*, allora *q*) prescrive in corrispondenza di un accaduto (*p*).

L'*effettuale esterno* è una conseguenza ulteriore, non normativa, della norma. Costituisce un'auspicabile conseguenza (*r*) derivante dall'efficacia o dall'applicazione della norma *N* (se *N* è osservata, allora *r*). In termini più intuitivi, gli *effettuali esterni* sono le *finalità* della norma.

La norma in senso stretto non è vera o falsa. Ma è vero o falso che soddisfi gli *effettuali esterni* per cui è stabilita.

Ora, assunta una concezione finale delle norme giuridiche, a quale genere di norme possono essere ricondotte le norme giuridiche? A quale scienza normativa può essere ricondotta la scienza giuridica? Diremmo *l'etica*, dato che il *genus* cui le norme giuridiche sembrano preferibilmente riconducibili è quello delle norme che regolano la condotta (fatte salve, beninteso, le differenze fra norme giuridiche ed etiche in senso stretto, che non discutiamo qui).

Se *l'etica* è la scienza che ha il *bene* come fine, e se la scienza giuridica ne è una specificazione, la *scienza giuridica*, potremmo dire, è la scienza che ha il *bene sociale* come fine – pur con tutta la vaghezza dell'espressione 'bene sociale'. In questa prospettiva, analogamente all'*etica*, le *entità normative* di

⁽⁹⁾ Noti il giurista che questa concezione delle norme è quanto permette di sostenere che esse siano vere o false, di contro alla convinzione prescrittivista e imperativista secondo cui vero e falso non sono predicabili delle norme. Cfr. G. KALINOWSKI, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, Emmanuel Vitte, 1967. In letteratura, la norma o regola determinata da una relazione da mezzo a fine è detta generalmente *tecnica*. Si veda la tipologia elaborata in G.M. AZZONI, *Regola tecnica tra ontico e deontico*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1987, pp. 297-321. Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione* (1963), trad. di A. Emiliani, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 46-48, 152 ss.

⁽¹⁰⁾ Ci permettiamo di rinviare all'introduzione e alla sezione 37 (prima ricerca) di G. TUZET, *Inferenza e giudizio. Tre ricerche su Charles S. Peirce*, tesi di dottorato in co-tutela, Università di Torino e Università di Paris XII, 2002. – Cogliamo l'occasione di questa nota per ringraziare ancora il Prof. Patrick Nerhot (Torino) e la Prof.ssa Claudine Tiercelin (Paris XII), direttori di tesi, nonché il Prof. Pascal Engel (Paris IV) e il Prof. Giampaolo M. Azzoni (Pavia).

tale scienza sono essenzialmente gli *atti*; precisamente gli *atti giuridici*. Per venire dunque alla relazione con la novità, confrontiamo la domanda precedentemente posta sull'etica e quella che possiamo porre qui:

(M2) per essere *etico*, un atto deve essere nuovo?

(M2') per essere *giuridico*, un atto deve essere nuovo?

Si è risposto che per essere *etico*, un atto deve essere *buono*, mentre non importa, almeno nel breve periodo, che sia nuovo; altrettanto, crediamo, può risponderci per gli atti giuridici:

(M2') per essere *giuridico*, un atto deve essere *socialmente buono*, mentre non importa, almeno nel breve periodo che sia nuovo.

Ma ancor di più che in campo etico, in campo giuridico può valere l'intuizione che, posta una certa finalità giuridica, ciò che può suscitare maggior interesse è il nuovo tipo di atto – o in altri termini il nuovo strumento giuridico – che più o meglio di altri precedentemente contemplati sia capace di realizzare la finalità posta⁽¹¹⁾. In questo senso, pur non essendo la novità una condizione necessaria della giuridicità di un atto, è certo che la novità di un atto giuridico può incidere profondamente sulle norme giuridiche, ancor più di quanto non faccia un nuovo atto sulle norme etiche; pertanto, vi è a questo riguardo una non trascurabile relazione fra *norme giuridiche* e *novità*, in cui può trovarsi conferma dei presupposti evolucionisti e pragmatisti inizialmente presentati.

Ci sia permesso terminare con alcune ulteriori considerazioni sul rapporto fra *norme* e *finalità*. La nostra intuizione generale è che le norme siano riconducibili alle relazioni fra mezzi e fini. Con ciò, le scienze normative sono riconducibili alle scienze 'teoriche' (le cui proposizioni, cioè, sono suscettibili di essere vere o false), senza che in questo modo le scienze normative perdano la loro peculiare 'valenza pratica'⁽¹²⁾. Una strategia di chi vuole evitare la

(11) L'inferenza che ipotizza un nuovo tipo di atto è propriamente, riprendendo la terminologia di Peirce, un'*abduzione*. Rinviamo ancora a G. TUZET, *Inferenza e giudizio. Tre ricerche su Charles S. Peirce*, cit., seconda ricerca, sez. 19: *L'abduzione progettuale*.

(12) Nella disputa sulle scienze normative, vi è chi le assimila alle scienze pratiche (Dewey, in certo senso) e chi le distingue da esse (Husserl, per il quale le scienze normative sono costituite da proposizioni esprimenti un *dover essere*, mentre le scienze pratiche sono costituite da proposizioni esprimenti dei *dover fare* o *dover agire* in vista di fini determinati); tali differenti strategie si articolano a differenti concezioni del rapporto fra scienze normative (o pratico-normative) e scienze teoriche: vi è chi ritiene che si tratti di scienze eterogenee, chi ritiene che le prime dipendano dalle seconde o chi, distinguendo le scienze normative da quelle pratiche, ritiene che solo le normative dipendano dalle teoriche (cfr. G. KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, cit., p. 23 ss.).

riconduzione del normativo al teorico è quella di distinguere le norme per così dire genuine, morali e giuridiche *in primis*, dalle norme c.d. tecniche, un cui esempio canonico è quello della norma che prescrive una certa medicina rispetto ad un certo malanno: le norme genuine, a differenza delle norme tecniche, non sarebbero riconducibili alle relazioni fra mezzi e fini. La nostra strategia *effettuale* vorrebbe invece dimostrare come le norme giuridiche, almeno, lo siano (rinviamo alla relazione fra effettuali interni ed esterni, e ad una concezione logicamente triadica delle norme: se *p* allora *q*, in vista di *r*). Chi non ammette questa concezione delle norme giuridiche è soprattutto chi ne difende una concezione volontarista che le assimila agli imperativi. A tale riguardo, potremmo rispondere distinguendo le *norme* – vere o false – dagli *imperativi* – né veri né falsi (anche se gli imperativi sensati sottintendono una finalità). Ma nel quadro della concezione finale delle norme, restano più dubbi sul fatto che lo stesso valga per le norme etiche. I dubbi derivano dal fatto che sembra difficile ricondurre a relazioni fra mezzi e fini tutte le norme di cui è costituita l'etica; o meglio, se è possibile farlo per le norme derivate non lo è per le norme fondamentali dell'etica (quelle che in termini kantiani si direbbero *categoriche*). Mentre lo è per le norme giuridiche fondamentali, che sono sempre riconducibili a mezzi in funzione di fini morali e sociali. Ma un'altra strategia è prospettabile, riprendendo la classificazione di Peirce: che anche l'etica sia interamente determinabile secondo relazioni fra mezzi e fini, e che spetti all'*estetica* il compito di enunciare ciò che è intrinsecamente – categoricamente – desiderabile (il *summum bonum*).

ABSTRACT

We claim that *novelty* is relevant for *norms*, focusing on their conceptual relation. Our argument stems from an evolutionary account of norms and a pragmatist approach, our central thesis being that norms have a content determined by means to ends relations. According to some *normative sciences* classification, *aesthetics* has novelty as necessary condition; *ethics* does not (even if it can be significantly determined by novelty); and *logic*, in terms of information retrieving, has novelty as necessary condition. We conclude by considering legal norms: in the respect of their relation to novelty, we believe they are substantially similar to moral norms.

Lo scopo di questo scritto è quello di interrogare la relazione concettuale fra *norme* e *novità*. Seguiamo una concezione evoluzionista delle norme e un approccio pragmatista secondo cui il contenuto delle norme è determinato da relazioni fra mezzi e fini. Secondo una classificazione delle *scienze normative*, sosteniamo che la novità è una condizione necessaria dell'*estetica*; che non è una condizione necessaria dell'*etica* (anche se può incidere significativamente su di essa); e che è una condizione necessaria della *logica* se intesa in senso informativo. Consideriamo in conclusione le norme giuridiche: in rapporto alla relazione con il nuovo, riteniamo che siano sostanzialmente simili alle norme morali.

ORSETTA GIOLO

DONNE IN TUNISIA. LA TUTELA GIURIDICA DEI DIRITTI TRA L'UNIVERSALITÀ DEI PRINCIPI E LE SPECIFICITÀ CULTURALI

Introduzione

L'esperienza tunisina in materia di diritti delle donne è ricca di spunti di riflessione, che permettono di comprendere e di approfondire alcuni aspetti dei processi dell'emancipazione femminile nel mondo arabo-musulmano attuale, in particolare nel Maghreb.

L'emanazione nel 1956 del *Code du Statut Personnel* (CSP), ha permesso infatti, sin dagli albori dell'indipendenza della Tunisia, di impostare in maniera concreta un discorso "femminista" che fino ad allora era stato solamente teorizzato da pensatori di notevole spessore del XIX e XX secolo, tra i quali Tahar Haddad⁽¹⁾. Ciò ha reso di fatto unica, nel contesto arabo-musulmano, l'esperienza tunisina in materia di tutela dei diritti delle donne.

La vicenda "femminista", nel contesto arabo-musulmano in generale, per molti versi ripropone quegli stessi temi, critiche, rivendicazioni nei confronti di un sistema giuridico, politico e sociale dominato dal potere maschile, che caratterizzano l'esperienza femminista occidentale⁽²⁾. Come all'interno di questa si possono individuare chiaramente diverse tradizioni femministe e diverse influenze di tipo ideologico e culturale, così all'interno della vicenda

⁽¹⁾ Cfr. infra nota 22.

⁽²⁾ Intendo per "esperienza femminista occidentale" il percorso — tutt'altro che lineare, come è ben noto — dalle battaglie per la cittadinanza alle rivendicazioni della differenza. La letteratura è sterminata. Si vedano, tra i contributi più recenti, A. Facchi, "Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina editore, Milano, 1999, pp. 129-153 e A. Loretoni, "Stato di diritto e differenza di genere", in P. Costa e D. Zolo, *Lo stato di diritto*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 406-423.

femminista arabo-musulmana si possono riconoscere diverse correnti di pensiero, anche fortemente antitetiche tra loro, e diverse ispirazioni.

Secondo May Yamani, ad esempio, il “femminismo islamico” si compone di varie esperienze, ognuna delle quali esprime in modo diverso la necessità di tutelare la propria appartenenza di genere attraverso «*a rethought Islam*»⁽³⁾. Si possono così individuare in ambito islamico un “femminismo laico”, un “femminismo pragmatico”, un “femminismo neo-islamista”, un “femminismo neo-tradizionalista”⁽⁴⁾.

A queste distinzioni è importante aggiungere un’ulteriore differenziazione tra le correnti femministe arabo-musulmane nate su ispirazione di modelli occidentali e le correnti femministe arabo-musulmane che invece rifiutano ogni accostamento con l’esperienza femminista occidentale⁽⁵⁾.

La convinzione che vi siano dei movimenti femministi arabo-musulmani ispirati dalla vicenda occidentale nasce dal fatto che, tra la fine dell’Ottocento ed i primi del Novecento, le dominazioni coloniali, nell’intreccio delle relazioni culturali ed economiche, hanno prodotto un inevitabile incontro-confronto tra civiltà diverse. In queste circostanze, in un contesto di profonde trasformazioni che investirono strutture economiche, sistemi burocratici, ideologie e orientamenti politici, nei paesi arabo-musulmani emerse la questione femminile⁽⁶⁾. In Egitto ed in Turchia prima, negli altri paesi poi, la questione femminile divenne in quegli anni un nodo centrale attorno al quale si concentrava, secondo molti, la stessa possibilità di risollevarne le sorti della cultura e del mondo arabo-musulmani⁽⁷⁾. Furono le stesse donne, in un

⁽³⁾ Cfr. M. Yamani, “Introduction”, in M. Yamani (edited by), *Feminism and Islam. Legal and Literary Perspectives*, Ithaca Press, 1997, pp. 1-7.

⁽⁴⁾ *Ibidem*. Per un approfondimento in merito alle diverse correnti femministe arabo-musulmane si vedano, tra gli altri: F. Mernissi, *The veil and the Male Elite: a Feminist Interpretation of Women’s Rights in Islam*, Perseus Books, Cambridge, 1991; M. Badran, *Feminists, Islam and Nation: Gender and the Making of Modern Egypt*, Princeton University Press, Princeton, 1995; Y. Yazbeck Haddad and J.L. Esposito, *Islam, Gender and Social Change*, Oxford University Press, New York, 1998; S. Sardar Ali, *Gender and Human Rights in Islam and International Law: Equal before Allah, Unequal before Man?*, Kluwer International Law, The Hague, 2000.

⁽⁵⁾ Cfr. L. Ahmed, *Women and Gender in Islam*, Yale University Press, New Haven & London, 1992, pp. 127 e ss. Commenta in proposito Samia Kouider: «[...] abbiamo da tempo iniziato un percorso verso un nostro modello di femminismo e ci confrontiamo continuamente con il timore di venire alienate da modelli altri [...]. Ne risulta un’identità femminile in bilico fra il riferimento ai modelli tradizionali e religiosi e l’attrazione verso quelli moderni e “occidentali”» (S. Kouider, *Femminilità-mascolinità: identità reali e identità prescritte. La posizione delle donne nei codici di famiglia del diritto islamico in area maghrebina*, in <http://www.arabroma.com/donne/kouiderbo1.htm>).

⁽⁶⁾ L. Ahmed, *Women and Gender in Islam*, cit., p. 128.

⁽⁷⁾ In proposito, riferendo del contributo del movimento riformista, nato in quegli stessi anni, Ilhem Marzouki scrive: «*Les réformistes désignent le courant des penseurs*

ambiente ancora fortemente soggetto al dominio maschile, ad uscire allo scoperto e a dar vita ad intense attività di sensibilizzazione e di informazione, fondando associazioni femminili ed esprimendo le proprie convinzioni e le proprie esigenze tramite articoli di giornale e conferenze pubbliche⁽⁸⁾.

Nel Maghreb, l'esperienza femminista si rivelò immediatamente un'esperienza "plurale", grazie soprattutto all'intreccio di differenti tradizioni appartenenti, è utile sottolinearlo, non solo alla cultura arabo-musulmana, ma anche alla cultura berbera, che ha fortemente influenzato alcuni aspetti della vita delle donne⁽⁹⁾.

qui au XIX^{ème} siècle, d'Égypte jusqu'en Tunisie, ont réalisé la renaissance intellectuelle arabe. A partir d'une relecture du Coran, de son interprétation libérale pour en expurger tout le poids de "l'ignorance et du retard", ils ont eu le mérite d'avoir compris et expliqué qu'il ne pouvait y avoir évolution historique des sociétés que par la dénonciation de la condition faite aux femmes au défi de sa sacralisation» (I. Marzouki, *Femmes d'ordre ou désordre de femmes?*, Noir sur blanc Editions, Tunis, 1999, p. 12). Anche in tempi più recenti, i principali dibattiti sul rapporto tra Islam e modernità si sono concentrati sulla questione femminile, presentandola come un nodo cruciale. Cfr. F. Adelkhah, "Femmes islamiques, femmes modernes", in *Pouvoirs*, 62, 1992, pp. 93-105.

(8) In Egitto, nei primi anni del Novecento, si fondarono numerose associazioni di donne. Ricordo tra le prime: *The Society for the Advancement of Women* (1908), che proponeva una linea conservatrice islamica; *The Intellectual Association of Egyptian Women* (1914), che annovera tra le fondatrici Huda Sha'rawi, la più importante femminista egiziana tra il 1920 e il 1930, e Mai Ziyada, nota scrittrice. Seguirono poi *The Society of Renaissance of the Egyptian Women*, *The Society of Mothers of the Future*, *The Society of the New Women*. Cfr. L. Ahmed, *Women and Gender in Islam*, cit., p. 172. Un'importante personalità degli inizi del movimento femminista egiziano fu Malak Hifni Nassef (1856-1918), di ispirazione laica, che scrisse molto sulle riviste femminili, in deciso incremento in quella fase. Idem, p. 174. Anche in Turchia furono avanzate richieste di emancipazione femminile, che nella società ottomana erano interpretate come una "modernizzazione", «in nome di una maggiore libertà delle donne nel matrimonio e nelle attività sociali» (A. Aruffo, *Donne e Islam*, DataneWS, Roma, 2001, p. 102).

(9) Khalida Messaoudi, per spiegare come sia distorta l'immagine che presenta la cultura cabila (berbera) come una cultura più aperta di quella arabo-musulmana, scrive: «Vorrei mostrarti fino a che punto, in Cabilia, la situazione è differente da ciò che si immagina. Poco fa ti dicevo che l'islam, da noi, è stato costretto a piegarsi davanti al diritto consuetudinario. Ebbene, questo diritto, arrivava a essere più oscurantista del Corano stesso che, se fosse stato applicato, avrebbe segnato un piccolo progresso. Citerò l'esempio più assurdo di ciò che io chiamo il fondamentalismo berbero: quello dell'eredità. Nel diritto consuetudinario cabilo alle donne non spetta nessuna parte dell'eredità. Nessuna. Tranne nel caso in cui il defunto avesse solo figlie: allora poteva fare un testamento che le avrebbe rese eredi. Beh, sai quando sono cambiate le cose? Nel 1984, con il Codice della famiglia votato da quel parlamento FLN che io combatto con tutta la mia volontà: applicato a tutto il territorio nazionale, il nuovo Codice ha fatto sì che in Cabila, su questo punto preciso dell'eredità, le norme di successione venissero leggermente modificate in favore delle donne...» (K. Messaoudi, *Une Algérienne debout*, Flammarion, Paris, 1995, trad. it. *Una donna in piedi*, Mondadori, Milano, 1997, pp. 25-26).

«Le Maghreb, espace social composé, terrain de rencontre féconde de diverses civilisations, ne peut être saisissable dans une seule histoire; une histoire générale et globale avec ses risques de modélisation et de catégorisation. Suivre la trajectoire du fait féminin au Maghreb dans toute sa complexité et sa profondeur historique suppose une écriture plurielle et dynamique, mettant en continuelle confrontation et interférence discours, représentations et vécus réels»⁽¹⁰⁾.

Rispetto all'esperienza arabo-musulmana in generale e maghrebina in particolare, l'esperienza femminista tunisina ha dei caratteri notevolmente peculiari.

La questione femminile comincia ad interessare gli intellettuali in Tunisia già nella seconda metà dell'Ottocento e, come avviene negli altri paesi dell'area, i primi ad interrogarsi sul ruolo e sui diritti delle donne sono uomini⁽¹¹⁾. Ma in Tunisia le donne rimasero a lungo silenziosamente composte, subalterne all'iniziativa maschile, e risposero solo molto più tardi agli appelli lanciati da uomini⁽¹²⁾. Occorre giungere ai giorni nostri per

⁽¹⁰⁾ Cfr. D. Larguèche, "Le présent de l'histoire des femmes au Maghreb", in D. Larguèche (sous la direction de), *Histoire des femmes au Maghreb*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000, pp. 1-9, alla p. 3.

⁽¹¹⁾ In Tunisia, nel 1857, lo *cheikh* Ahmed Ben Dhiaf, storiografo e cronista tunisino, redasse una memoria intitolata *Risala fi'l-mar'a* (*Epître sur la femme*), nella quale, rispondendo a ventitré domande poste da un notabile francese, spiegava quale fosse la condizione della donna secondo la giurisprudenza musulmana, proponendo una sorta di esegesi degli *hadith* del Profeta e dei versetti del Corano. Nello stesso tempo, Mohamed Senoussi redigeva uno studio sulla donna nell'Islam, intitolato *Tafattuq al-akmam* (*Epanouissement de la fleur*), anch'egli facendo riferimento ai versetti del Corano e alla *Sunna*, ma esprimendosi chiaramente a favore di un'educazione delle donne malgrado l'esistenza di prescrizioni contrarie all'insegnamento della scrittura e della poesia alle donne. Il riferimento alla religione musulmana, l'analisi delle prescrizioni coraniche e della tradizione, come vedremo anche in seguito, affrontando più dettagliatamente le diverse fasi attraversate dal dibattito sulla questione femminile in ambito tunisino, saranno gli strumenti per mezzo dei quali la discussione in materia di emancipazione femminile si arricchirà e si svilupperà. La legge islamica diventerà la giustificazione stessa delle modifiche di legge operate dagli anni cinquanta in poi in senso modernista. Cfr. N. Sraieb, "Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie: Tahar Haddad (1898-1935)", in AA.VV., *Femmes du Maghreb*, Clio-Histoire, Femmes et Société, 9/1999, pp. 75-92. In Egitto, nel 1899, uscì la prima edizione del libro di Qasim Amin, giornalista e saggista, intitolato *Tahrir al Mara'a* (La liberazione delle donne): nel testo l'autore auspicava una radicale trasformazione della società araba sul modello delle società occidentali. Il testo di Amin è considerato una delle prime riflessioni importanti in materia di emancipazione femminile nella cultura araba.

⁽¹²⁾ Vale la pena ricordare che la rivista *Leila-revue de la femme*, fondata nel 1936, era diretta da uomini: scopo della rivista era «la défense de la Tunisienne et son évolution sociale et intellectuelle, contre les vieilles traditions injustifiables...». Cfr. S. Chater, "Décolonisation et discours féministe en Tunisie (1930-1956)", in *The Maghreb Review*, vol. 19, 1-2, 1994, pp. 61-73, alla p. 69.

trovare figure forti di intellettuali femministe indipendenti, come Hafidha Chekir, famose in patria ed all'estero, impegnate a livello associativo, politico, sociale⁽¹³⁾. È importante sottolineare comunque la presenza nella tradizione orale (non funzionale, in quanto non ufficiale, alla storia "legittimante" delle scelte politiche operate in Tunisia) di narrazioni aventi come protagoniste figure femminili. Tale tradizione è di stampo decisamente femminista, denuncia una realtà oppressiva e contribuisce alla costruzione di un'identità di gruppo marginale o marginalizzato. Il ricorso alle sue fonti permette quindi di «*recueillir des témoignages et de reconstruire des trajectoires individuelles, sociales et politiques. Ainsi, comme pour tous les "oubliés de l'histoire", l'enquête orale permet-elle de redonner aux femmes leurs places comme actrices de l'histoire*»⁽¹⁴⁾.

Un'ulteriore nota distintiva dell'esperienza tunisina è rappresentata dalla progressiva istituzionalizzazione del discorso femminista impostato negli anni trenta e quaranta del secolo scorso. Le riflessioni, le teorie in favore dell'emancipazione femminile elaborate sino agli anni cinquanta si traducono, soprattutto grazie alla politica e all'operato di Habib Bourghiba, in un "*discours officiel*", ovvero in un discorso di impronta statale, che rompe con quella tradizione religiosa musulmana discriminatoria nei confronti della donna e, insieme, tende a "monopolizzare" il dibattito in materia di diritti delle donne⁽¹⁵⁾. Le critiche, le denunce, le proposte della rivendicazione femminile diventano prerogativa dello Stato e delle sue istituzioni, e poco, se non nulla, è lasciato all'iniziativa libera ed autonoma di movimenti spontanei della società civile. Lo Stato tunisino si è dotato, a questo scopo, di una serie di apparati funzionali al mantenimento ed alla celebrazione della "retorica femminista di Stato", quali ad esempio il Ministero della donna e della famiglia, l'ONFP (*Office National de la Famille et de la Population*), il CREDIF (*Centre de Recherche, de Documentation et d'Information sur la Femme*). Parallelamente, l'opera dei movimenti e delle associazioni femministe, in quanto espressione di una società civile che cerca di rimanere ininfluente alle pressioni del potere politico, viene ostacolata, se non perseguitata. Il "femminismo di Stato" è divenuto in questo modo, all'estero, uno dei migliori biglietti da visita della Tunisia, mentre il regime tunisino, nel proprio paese,

⁽¹³⁾ Hafidha Chekir è attualmente docente di diritto pubblico alla *Faculté de Droit et de Sciences Politiques* dell'Università di Tunisi; collabora con numerose associazioni e ONG impegnate nella promozione e nella tutela dei diritti umani ed è autrice di numerosi saggi sulla questione femminile, tra i quali *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie* (Chama, Tunis, 2000).

⁽¹⁴⁾ Cfr. H. Kazdaghi, "Sources orales et histoire des femmes de Tunisie", in D. Larguèche (sous la direction de), *Histoire des femmes au Maghreb*, cit., pp. 29-41, alla p. 40.

⁽¹⁵⁾ S. Bessis, "Le féminisme institutionnel en Tunisie", in AA.VV., *Femmes du Maghreb*, cit., pp.93-105, alla p. 95.

utilizza la retorica femminista per mascherare il grave deficit di democrazia che mantiene all'interno delle proprie istituzioni⁽¹⁶⁾.

Nonostante ciò, l'esperienza femminista tunisina e la portata innovativa, per certi aspetti rivoluzionaria, del *Code du Statut Personnel* (CSP) sono tali che non solo continuano ad essere oggi un modello per i movimenti femministi maghrebini e arabo-musulmani in genere, ma, secondo alcuni autori, rappresentano l'identità stessa del popolo tunisino, molto più di quanto non la rappresenti un testo fondamentale quale la Costituzione⁽¹⁷⁾. In quanto codice innovatore, che sconvolge la vita familiare e fissa un nuovo statuto giuridico per le donne, il CSP opera come "*norme idéologique*" di consolidamento del pensiero e dell'identità nazionali⁽¹⁸⁾.

Non a caso quindi nei discorsi ufficiali, allorché ci si richiama ai valori ispiratori della nazione tunisina, ricorre con frequenza il riferimento al CSP come ad uno dei pilastri costitutivi della propria identità⁽¹⁹⁾. La Costituzione appare invece nettamente in secondo piano, relegata quasi a semplice strumento per la regolamentazione dell'esercizio del potere politico. Conseguenza di ciò è che la Costituzione tunisina per molti aspetti resta lettera morta e sovente subisce modifiche che dipendono dalla volontà di un'unica persona (la massima carica dello Stato) e dalla capacità di questa di gestire (anche militarmente) il consenso delle altre istituzioni politiche.

È inoltre importante sottolineare fin d'ora che l'esperienza tunisina offre notevoli spunti di riflessione in merito all'attualissimo dibattito sul rapporto tra universalità dei diritti e specificità culturali, che coinvolge direttamente le giuriste e i giuristi tunisini e maghrebini. Vedremo infatti come, a fronte di insistite rivendicazioni di specificità culturale operate dai governi dei paesi

⁽¹⁶⁾ S. Bessis, "Le féminisme institutionnel en Tunisie", cit., p. 102. Souad Chater aggiunge: «*La promotion féminine fut, en Tunisie, l'initiative du pouvoir pendant son ère de grâce. Elle n'est pas, en effet, le résultat d'une prise de conscience de la masse. Elle ne fut pas non plus le fruit d'une revendication féminine*» (S. Chater, "Les mutations de la condition de la femme tunisienne (1956-1994)", in *Cahiers de la Méditerranée*, 49, 1994, pp. 37-60, alla p. 56).

⁽¹⁷⁾ Il CSP, emanato immediatamente dopo l'Indipendenza, mentre la Costituzione politica è stata emanata solo nel 1959, è considerato infatti la "Costituzione sociale" della Tunisia o, come scrive Yadh Ben Achour, la «*Constitution réelle du peuple tunisien*» (Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, Cérés Productions, CERP, Tunis, 1992, p. 225).

⁽¹⁸⁾ Z. Ben Säid-Cherni, "Quiétude et déperdition, ou l'étrange statut dualiste de la femme en Tunisie", in Z. Ben Säid-Cherni, A. Ben Aba, S. Triki, H. Gribaa, R. Ennaifer, *Tunisiennes en devenir. 2. La moitié entière*, Cérés Productions, Tunis, 1992, pp. 27-66, alla p. 33.

⁽¹⁹⁾ «*Le Président de la République fait une déclaration, en mars 1988, dans laquelle il annonce que le Code du Statut Personnel et le statut de la femme font partie de nos acquis: double victoire de la modernité: tout droit ne peut plus se faire que par la loi positive de l'Etat d'une part, le contenu des réformes ne sera pas remis en cause d'autre part*» (Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., p. 223).

arabo-musulmani, compresa la Tunisia, in sede internazionale (soprattutto su argomenti riguardanti lo statuto giuridico delle persone), le giuriste e i giuristi tunisini, sensibili a temi quali la tutela dei diritti umani e la difesa dello Stato di diritto, manifestano un forte attaccamento ai principi di libertà, legalità e democrazia, fondando le proprie tesi sul principio dell'universalità dei diritti umani e sul sistema delle norme di diritto internazionale poste a tutela degli stessi.

1. Il "Code du Statut Personnel (CSP)"

Per affrontare i temi sopraindicati, è necessario analizzare, seppur brevemente, alcuni aspetti caratterizzanti il *Code du Statut Personnel* (CSP) emanato nel 1956, che sancisce le principali innovazioni in materia di diritti delle donne in Tunisia e che quindi determina anche il contenuto dei principali "acquis" del femminismo tunisino.

L'emanazione del CSP ha costituito l'esito di un lungo ed intenso dibattito, iniziato all'epoca del riformismo ottocentesco e proseguito sino ai primi decenni del Novecento, nonché il prodotto della volontà modernizzatrice del presidente della Tunisia indipendente, Habib Bourghiba.

L'attenzione alla questione femminile crebbe sensibilmente in interesse e in partecipazione all'epoca del Protettorato francese, e si collocano tra il 1920 e il 1930 i primi tentativi importanti di sensibilizzazione dell'opinione pubblica: nel 1924 "*Tunis socialiste*", organo del Partito socialista francese, e "*al-Nahda*", portavoce del Partito riformista, promossero una campagna in favore dell'abolizione del velo; nello stesso anno, in un incontro organizzato dal Partito socialista, apparve per la prima volta in pubblico una donna "*dévoilée*"⁽²⁰⁾.

Nel 1930, a Tunisi, uscì un libro intitolato *Notre femme dans la Loi et dans la société*, scritto da Tahar Haddad, autore già noto all'epoca per le sue posizioni d'avanguardia e per il suo impegno politico⁽²¹⁾. Il libro di Tahar

(20) Si tratta di Manoubia Wertani: il 15 gennaio 1924 partecipò ad una riunione sul tema "*Pour ou contre la femme*" e prese la parola, a viso scoperto, chiedendo l'emancipazione della donna e l'abolizione del velo. Si trattò del primo intervento pubblico di una donna tunisina. Cfr. S. Bakalti, *La femme tunisienne au temps de la colonisation. 1881-1956*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 70.

(21) Cfr. M. Borrmans, *Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, tome I, Thèse pour le Doctorat ès Lettres, Université de Paris, 1969, p. 125. Cfr. Z. Ben Said Cherni, "Les exigences théoriques de la modernité et la pensée classique de Tahar Haddad", in *IBLA*, n. 177, 1996, pp. 43-45. Tahar Haddad (1898-1935) visse nel periodo storico in cui in Tunisia andavano consolidandosi da un lato le istituzioni del Protettorato francese e, dall'altro, i consensi al movimento di liberazione nazionale tunisino. Fu politicamente molto attivo: fece parte (seppure per un breve periodo) del Partito liberale costituzionale tunisino, e fu tra i fondatori del primo sindacato autonomo della Tunisia, la *Confédération Générale des Travailleurs Tunisiens* (CGTT).

Haddad suscitò vivacissime reazioni: secondo Haddad, l'Islam non era il responsabile dell'oppressione della donna e la società tunisina non avrebbe potuto evolversi se la donna non fosse stata messa in grado di seguire l'evoluzione generale del mondo, compreso il mondo occidentale, e di agire in tutti i campi della vita sociale al pari dell'uomo⁽²²⁾. L'autore incontrò l'appoggio degli intellettuali progressisti membri di un'*élite* parallela a quella francese, pure presente sul territorio tunisino, che erano ben consci delle trasformazioni in corso in quegli anni nella società tunisina; subì invece durissime contestazioni ad opera della vecchia borghesia della capitale, legata ai dottori della Università della Zitouna, l'Università coranica di Tunisi, che riconoscevano nell'attaccamento all'Islam l'unico polo di resistenza alle pretese di ingerenza del Protettorato francese⁽²³⁾.

In questo contesto evolutivo, alimentato dalle riflessioni del movimento riformista arabo-musulmano, dalle grandi trasformazioni sociali ed economiche seguite all'occupazione francese e dalle inquietudini dei movimenti tunisini in lotta per l'indipendenza nazionale, si preparò il terreno per la promulgazione del CSP, che avvenne il 13 agosto 1956, a seguito della conquista dell'Indipendenza della Tunisia.

Il 1956 rappresenta un anno chiave nella storia del Paese: fu l'anno in cui si confrontarono, nell'alleanza per la lotta per l'Indipendenza, le due *élites* formatesi negli anni precedenti: la prima, perdente, facente capo ai dotti *Zitouniens*, fedeli al sapere tradizionale, alle dinastie, alla famiglia patriarcale; la seconda, vincente, facente capo al partito al potere (il partito della "Rivoluzione"), forte del sostegno popolare, moderna, tesa all'instaurazione di una società nuova, libera, egualitaria attraverso la riforma profonda dei valori tradizionali e dei costumi.

In seguito alla conquista dell'Indipendenza, l'etica moderna e innovatrice

⁽²²⁾ N. Sraieb, "Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie", cit., p. 79.

⁽²³⁾ Nel 1931 uscirono due libri nei quali venivano contestate le tesi «atee e blasfeme» di Tahar Haddad: Salh Ben M'rad scrisse *al-Hidad 'ala imra'at al-Haddad (Le deuil sur la femme d'al-Haddad)* e Mohamed el-Birri al-Madani pubblicò *Sayf al-haqq 'ala man la yara al-haqq (L'épée de la vérité sur celui que ne reconnaît pas la vérité)*. Cfr. N. Sraieb, "Islam, réformisme et condition féminine en Tunisie", cit., pp. 84-85. «Faute de pouvoir chasser l'envahisseur, les colonisés ont nié son Univers, ils se sont repliés sur eux même; la famille s'est constituée en vase clos et les traditions se sont trouvées survalorisées au lieu de rester, jusqu'à un certain point des instruments d'adaptation au milieu, elles sont devenues, dans la mesure où le milieu changeait, des éléments à la fois d'auto-conservation (par rapport à l'étranger) et rupture (par rapport au monde nouveau qu'il imposait)» (A. Mustapha, *L'égalité entre l'homme et la femme dans le Code du Statut Personnel*, Mémoire de D.E.S. de Droit Privé, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Tunis, 1976-1977, p. 3). Ma la stessa Università della Zitouna, sotto la guida di Tahar Ibn Ashûr, subì una trasformazione profonda attorno agli anni quaranta: si modernizzarono i programmi e la divisione delle sezioni e degli esami e nel 1942 si aprì una sezione femminile (cfr. M. Borrmans, *Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, cit., p. 196).

dell'élite vincente produsse l'intervento visibile del sistema politico-amministrativo nei campi che precedentemente erano gestiti al di fuori dell'azione statale: in questo modo lo Stato entrò con forza nella società, con la volontà di influenzare, trasformare e correggere la struttura della società stessa⁽²⁴⁾.

Scrive in proposito Yadh Ben Achour: «*Bourghiba, alors Premier Ministre, était bien conscient du caractère révolutionnaire du changement dont le signe premier était l'investissement de la société entière par l'Etat. Mais cet investissement n'avait pas la même valeur symbolique. Il atteignait son plus fort impact dans le domaine du droit familial. Et les grandes réformes de l'Indépendance commencèrent là, comme si le statut familial avait plus d'urgence et exigeait la priorité*»⁽²⁵⁾.

Il CSP introdusse delle trasformazioni radicali nelle tradizioni secolari del popolo tunisino: per la prima volta, uno Stato indipendente a maggioranza musulmana riformava il diritto in materia di statuto personale, relativamente cioè ad aspetti della vita considerati da sempre di esclusiva competenza religiosa⁽²⁶⁾.

La sua emanazione rappresentò altresì un passo avanti nel processo di codificazione, già iniziato nel 1906, con il quale si realizzò progressivamente la "statalizzazione" del diritto, operando una rottura con la tradizione di diritto musulmano e con le incertezze proprie di un sistema essenzialmente a carattere dottrinale⁽²⁷⁾. Inoltre, nel concorrere in modo determinante alla unificazione dell'ordinamento giuridico e delle giurisdizioni, il CSP contribuì a modernizzare l'ordinamento giuridico e giudiziario⁽²⁸⁾.

Come è intuibile, l'emanazione del CSP non raccolse tra gli intellettuali e la popolazione solo consensi: l'élite conservatrice espresse le proprie perplessità ed alcuni esponenti religiosi protestarono con forza, tanto che quattro magistrati del Tribunale della *Shari'a* chiesero la pensione e quattro

⁽²⁴⁾ Cfr. Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., pp. 207-208.

⁽²⁵⁾ *Idem*, p. 208.

⁽²⁶⁾ Z. Daoud, "Les femmes tunisiennes. Gains juridiques et statut économique et social", in *Monde arabe Maghreb-Machrek*, n. 145, 1994, pp. 27-48, alla p. 27.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²⁸⁾ Il processo di codificazione e di unificazione dell'ordinamento giuridico era già iniziato nel 1906, con la stesura del *Code des Obligations et Contrats*. Seguirono il *Code de Procédure civile* (1910), il *Code Pénal* (1913) e il *Code de Procédure pénale* (1921). Quando il CSP entrò in vigore, il 1 gennaio 1957, non era applicabile a tutti i tunisini, ma solo ai musulmani e a coloro che avevano fatto opzione in suo favore. Alla fine dell'estate del 1957, si mise fine a questa situazione che era stata definita di transizione: la legge del 27 settembre 1957 abolì i tribunali rabbinici e abrogò le norme del CSP che statuivano in materia di statuto personale dei non musulmani; la legge del 1 ottobre 1957 stabilì definitivamente l'applicabilità del CSP a tutti i cittadini tunisini. Si veda M. Borrmans, *Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, cit., p. 325. Cfr. K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, Editions du Jurisclasseur, 1997, p. 5.

mufti hanafiti e quattro mufti malichiti diedero le dimissioni⁽²⁹⁾. L'11 settembre del 1956, una *Fatwa* venne emanata ad opera di numerosi membri del Tribunale superiore della *Shari'a*: con essa si condannava il CSP perché contenente degli articoli "*religieusement répréhensibles et incompatibles avec le Livre, la Tradition et le «consensus universalis»*"⁽³⁰⁾.

Va effettivamente notato, a questo proposito, come sia totalmente assente dal CSP ogni richiamo esplicito alla religione musulmana e al diritto musulmano: ma nei dibattiti che precedettero e seguirono l'emanazione del CSP i riferimenti alla *Shari'a* e ai fondamenti del diritto musulmano sono frequentissimi. Il CSP stesso e le riforme successive vengono presentati nei discorsi ufficiali come interpretazioni moderne del diritto musulmano, che viene così inteso come un diritto "evolutivo"⁽³¹⁾: il CSP ha risposto alla necessità di ripensare le regole della *Shari'a*, in seguito ai cambiamenti socio-economici, attraverso lo strumento dell'*ijtihad*, lo sforzo del ragionamento individuale, che nel diritto musulmano rappresenta lo strumento dell'interpretazione personale⁽³²⁾. Allo stesso modo, all'estero il CSP viene presentato come un modello di adattamento del diritto musulmano alle esigenze del XX secolo⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Va sottolineato comunque che due autorità religiose, quali Sheikh Mohamed Tahar Ibn 'Ashûr, Rettore della Zitouna, e Sheikh Mohamed Al Aziz Djait, Sheikh dell'Islam malichita, si espressero favorevolmente in merito all'emanazione del CSP, considerandolo un'interpretazione possibile dell'islam, ispirata alla tradizione riformista.

⁽³⁰⁾ M. Borrmans, *Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, cit., p. 290.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ Nel *Pacte National* del 7 novembre 1988, documento fondamentale che sancì l'inizio dell'epoca del "cambiamento", e cioè della presidenza di Zine El Abidine Ben Ali, succeduto a Bourghiba, è scritto: «*Ces réformes visent à libérer la femme et à l'émanciper, conformément à une aspiration fort ancienne dans notre pays se fondant sur une règle solide de l'ijtihad et sur les objectifs de la shari'a et constituant une preuve de la vitalité de l'Islam et de son ouverture aux exigences de l'époque et de l'évolution*» (*Pacte National*, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1989, p. 16). Il desiderio di ricollegare ogni evoluzione ed ogni riforma legislativa ai fondamenti dell'Islam, confidando di trovare nel diritto musulmano ogni spiegazione ed ogni soluzione, ha posto in secondo piano le ragioni "pragmatiche" che portarono alla stesura e alla emanazione del CSP, e cioè proprio l'esigenza di adattare la legislazione ai cambiamenti della società tunisina, a seguito delle trasformazioni delle strutture economiche, sociali, che già avevano portato alla stesura del Codice delle obbligazioni e dei contratti. Cfr. A. Mustapha, *L'égalité entre l'homme et la femme dans le Code du Statut Personnel*, cit., p. 12; A. Mezghani, "Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit musulman classique", in *Revue Tunisienne de Droit* (d'ora in avanti *RTD*), 1975, pp. 53-81.

⁽³³⁾ M. Charfi, "Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité", in *RTD*, 1973, pp. 11-37.

1.1. Le principali innovazioni introdotte dal CSP

È utile qui ricordare quali sono le principali innovazioni che il CSP ha introdotto nel sistema del diritto musulmano classico.

Innanzitutto, l'art. 3 del CSP ha stabilito che il matrimonio è valido se vi è il consenso dei due sposi, ponendo fine alla pratica che attribuiva al padre della sposa o ad un tutore il diritto di sceglierle il futuro marito⁽³⁴⁾. L'art. 18 ha sancito il diritto al matrimonio monogamico, proibendo la poligamia e prevedendo delle pene (l'imprigionamento per un anno o un'ammenda di 240.000 franchi) per il reato di bigamia, operando in questo modo una scelta radicale che differenzia la legislazione tunisina in materia di statuto personale rispetto alle legislazioni di tutti gli altri paesi arabo-musulmani. Inoltre, il libro II ha introdotto la disciplina del divorzio, al quale possono ricorrere parimenti il marito e la moglie (congiuntamente o meno), abolendo di conseguenza l'istituto del repudio unilaterale, accessibile invece solo al marito⁽³⁵⁾.

Con riforme successive, sono state introdotte ulteriori modifiche nel sistema di diritto musulmano classico: nel 1957 viene istituito lo Stato civile; nel 1958 la legge n. 58-27 ha introdotto l'istituto dell'adozione (anche questa riforma è rimasta un caso unico in tutto il mondo arabo-musulmano); nel 1959 la legge 59-77 ha aggiunto al CSP il libro XI sul testamento e ha introdotto delle modifiche nella tradizionale disciplina delle successioni; nel 1964 la legge 64-17 ha aggiunto il libro XII, sulle donazioni; nel 1973, con un decreto legge che ha modificato l'art. 214 del codice penale tunisino, è stato legalizzato l'aborto.

A questa prima fase propulsiva, che durò poco meno di vent'anni, ne seguì una correttiva in senso tradizionalista, e ciò avvenne contemporaneamente alla comparsa sulla scena politica del movimento islamista⁽³⁶⁾.

Nel 1973 venne emanata la circolare che proibisce la registrazione dei

⁽³⁴⁾ Questa pratica corrisponde all'istituto giuridico di diritto musulmano classico del *Jebr*: al padre o, in sua mancanza, al tutore, è attribuito il diritto di costringere una donna a sposare un uomo della sua stessa condizione economica e in grado di provvedere al suo mantenimento. Cfr. H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., p. 124.

⁽³⁵⁾ A titolo informativo, è utile qui ricordare che, recentemente, per spiegare e divulgare ancora maggiormente alcuni contenuti del CSP, soprattutto quelli concernenti le principali innovazioni (ad esempio il principio di parità tra i coniugi e l'istituto del divorzio) sono state pubblicate a cura dell'Associazione AFTURD (*Association des Femmes Tunisiennes pour la Recherche et le Développement*) delle "guide", intitolate "*Guide des Droits des Femmes*". Si vedano ad esempio le guide in materia di matrimonio e di divorzio. L'associazione AFTURD è un'associazione indipendente, nata dopo il 1989. Cfr. A. Chérif-Chammari, *Le mariage*, Les Editions de la Méditerranée, 1995; B. Bel Haj Hmida-Sahli, *Le divorce*, Les Editions de la Méditerranée, 1999.

⁽³⁶⁾ Z. Daoud, "Les femmes tunisiennes. Gains juridiques et statut économique et social", cit., p. 29.

matrimoni misti⁽³⁷⁾; vennero apportate delle modifiche agli articoli 22 e 23 del CSP, in modo da stabilire la nullità dei matrimoni misti celebrati senza la presentazione dei certificati di conversione alla religione musulmana; in contraddizione con il *Code du Travail*, venne attribuita al marito la facoltà di opporsi alla scelta della moglie di lavorare al di fuori della famiglia. Nello stesso periodo, la giurisprudenza diventò più prudente nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni più innovatrici del CSP, come accadde per le norme in materia di adozione⁽³⁸⁾. Nel 1974 lo stesso Bourghiba rinunciò, a fronte delle insistenti proteste delle frange islamiste, al suo progetto di modifica delle disposizioni in materia di successioni (ancora oggi improntate alla tradizione di diritto musulmano classico), con il quale intendeva stabilire l'uguaglianza successoriale tra fratello e sorella⁽³⁹⁾. Nel 1975, in seguito alla crescita dei consensi ottenuti dagli integralisti soprattutto nelle università, si riaprì il dibattito su "le port du voile", ed una donna si presentò *voilée* davanti a Bourghiba per pronunciare il discorso in apertura del Ramadan⁽⁴⁰⁾.

Gli anni ottanta diedero vita alla riorganizzazione del movimento femminista indipendente, in risposta alla scarsa incisività dell'*Union nationale des femmes tunisiennes*, organizzazione femminile succube del partito al potere; da quel momento il CSP divenne, per l'opinione pubblica, la "ligne rouge" che separa tuttora, come già accadde all'epoca della sua emanazione, i modernisti dai conservatori⁽⁴¹⁾. La necessità di difendere le conquiste del CSP, in quanto garanzia della permanenza della Tunisia nella dimensione della

⁽³⁷⁾ v. infra p. 270.

⁽³⁸⁾ Z. Daoud, "Les femmes tunisiennes. Gains juridiques et statut économique et social", cit., p. 29.

⁽³⁹⁾ Gli anni settanta sono gli anni in cui emerge la rivendicazione islamista. S. Bessis, "Le féminisme institutionnel en Tunisie", cit., p. 95.

⁽⁴⁰⁾ *Idem*, p. 30. Le rivendicazioni di stampo islamista, come è noto, nel momento in cui compaiono sulla scena politica e sociale, si concentrano in primo luogo sullo statuto giuridico delle donne. Secondo Kalidha Messaoudi, che scrive in riferimento all'esperienza algerina drammaticamente segnata dallo scontro tra gli integralisti islamici e la società civile, «gli integralisti, come ogni movimento totalitario, vogliono avere una presa di possesso assoluta sulla società, e hanno perfettamente capito che ciò passa in primo luogo attraverso il controllo della sessualità femminile, che agevola il patriarcato mediterraneo. Inoltre, come tutti i purificatori, odiano e perseguitano la diversità, compagna inseparabile della democrazia. E le donne rappresentano di volta in volta il desiderio, la seduzione, il mistero, il turbamento e anche la diversità, che è immediatamente visibile sul loro corpo» (Cfr. K. Messaoudi, *Une Algérie debout*, cit., trad. it. pp. 126-127).

⁽⁴¹⁾ «Pour l'opinion nationale et internationale, le CSP est considéré comme 'l'image de marque' de la Tunisie et symbolise le 'contrat de progrès' auquel le pays s'identifie. [...] Ce rôle précurseur de la Tunisie au Maghreb et dans le monde arabe et musulman est, durant plus de 30 ans, la fierté de la nation» (N. Boursali, "Lecture historique du 13 août", in *Le Maghreb*, vendredi 11 août 1989, n. 163, p. 24).

modernità, è avvertita nel corso degli anni '90 anche dal successore di Bourghiba, Zine El Abidine Ben Ali, nuovo presidente in carica⁽⁴²⁾.

Le riforme legislative degli anni '90 hanno segnato il ritorno del "femminismo di Stato" e inaugurato il suo periodo "*benaliste*"⁽⁴³⁾: recuperando l'ispirazione modernista del CSP, esse sono intervenute in particolare sulle norme che sancivano ancora delle disuguaglianze tra uomini e donne all'interno del rapporto coniugale e del *ménage* della famiglia.

Le riforme del 1993 investono alcune disposizioni del CSP stesso, del codice del lavoro e del codice della nazionalità. La legge del 12 luglio 1993, modificando il CSP, rende obbligatorio il consenso della madre per il matrimonio della figlia minore. La legge n. 93-74 del 1993 modifica l'articolo 23 del CSP, che prevedeva l'obbligo di obbedienza della moglie nei confronti del marito, stabilendo al suo posto l'obbligo di "*bienveillance*" reciproca tra i coniugi. Una seconda serie di riforme rinforza la protezione della donna nei confronti dell'arbitrio maschile: la violenza all'interno del matrimonio viene sanzionata più duramente; un fondo di garanzia delle pensioni alimentari viene istituito e aumenta la repressione nei confronti degli ex-mariti inadempienti. In materia professionale, un nuovo articolo del codice del lavoro (art. 5 *bis*) rinforza il principio della non discriminazione tra i sessi. Nello stesso momento, la ratifica del Protocollo addizionale n. 89 alla Convenzione Internazionale del lavoro, aumenta le misure contro la discriminazione sul lavoro⁽⁴⁴⁾.

Il nuovo governo tunisino quindi, riprendendo la politica modernista iniziata da Bourghiba, conferma la propria capacità di incidere con forza sul sistema stabilito dal diritto musulmano classico, per mutare progressivamente in una prospettiva egualitaria le condizioni della relazione coniugale e della vita pubblica⁽⁴⁵⁾.

1.2. *Le disuguaglianze che permangono*

Nonostante le importanti modifiche apportate, le disuguaglianze tra uomo e donna presenti nella legislazione tunisina non sono state eliminate totalmente dalle disposizioni del CSP e dalle riforme successive: sono ancora in vigore difatti disposizioni che sanciscono profonde discriminazioni e che da tempo sono oggetto di dibattiti e di proteste ad opera delle associazioni femministe autonome, che si battono per la loro abrogazione o modifica.

(42) S. Bessis, "Le féminisme institutionnel en Tunisie", cit., p. 97.

(43) *Idem*, p. 99.

(44) *Idem*, pp. 100-101.

(45) A. Mezghani, "Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit musulman classique", cit., p. 6.

Inoltre, la compresenza, nello stesso ordinamento, di disposizioni orientate in senso modernista e di disposizioni risalenti al diritto musulmano classico, discriminatorie nei confronti delle donne, ha introdotto una logica “duale” nell’ordinamento, conferendo alla dottrina ed alla giurisprudenza il potere di interpretare le norme di legge e di risolvere i casi assecondando l’ispirazione modernista oppure quella conservatrice⁽⁴⁶⁾.

Le disuguaglianze tuttora sancite dal CSP sono legate alla tradizione patriarcale della cultura arabo-musulmana, fondata sul privilegio della mascolinità e sul potere dei discendenti di sesso maschile, e riguardano sia la donna non sposata, sia la donna sposata, sia la donna divorziata⁽⁴⁷⁾.

Le difficoltà che impediscono una loro correzione sembrano dipendere dalla volontà delle forze al potere di non scardinare completamente il sistema di valori tradizionali della società tunisina. Ma nonostante la mentalità della società civile sia cambiata, e nonostante il senso comune sia a sostegno dell’ispirazione modernista e riformatrice del CSP, le forze di governo tendono a mantenere in vita tali disposizioni, esprimendo la volontà di tutelare i valori tradizionali e di non urtare «*la sensibilité religieuse d’une grande partie de la population et ne pas consommer la rupture du droit positif et de la religion*»⁽⁴⁸⁾.

Così, ad esempio, il CSP continua a stabilire che il marito è il capo famiglia e che gli sposi devono assolvere ai loro doveri coniugali «*conformément aux usages et à la coutume*»⁽⁴⁹⁾.

Tratterò, qui di seguito, solo di tre normative che vengono percepite come seriamente discriminanti, e attorno alle quali si concentrano le proteste della parte della società civile fedele ai principi di uguaglianza: sono le norme in materia di successioni, di disparità di culto e di filiazione naturale. In tutti e tre i casi, le norme sono ancora espressione degli istituti del diritto musulmano classico.

1.2.1. *Le successioni*

La questione riguardante la disciplina delle successioni è forse la più chiara, in questo senso: mentre in altri casi, come ad esempio nel caso del

⁽⁴⁶⁾ S. Bouraoui, “Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques”, in *RTD*, 1993, pp. 119-140.

⁽⁴⁷⁾ Dato lo scopo di queste pagine, tratterò qui solo di alcune delle disuguaglianze ancora stabilite nel CSP. Per una ampia trattazione di tutti i singoli casi rimando al testo di Hafidha Chekir: H. Chekir, *Le statut de femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 138 e ss.

⁽⁴⁸⁾ K. Meziou, “Pérennité de l’Islam dans le droit tunisien de la famille”, in J.Y. Carlier et M. Verwilghen (sous le direction de), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Brylant, Bruxelles, 1992, pp. 247-274, alle pp. 250-251.

⁽⁴⁹⁾ S. Bessis, “Le féminisme institutionnel en Tunisie”, cit., p. 103.

matrimonio tra persone di culto diverso, vi sono norme dalla formulazione ambigua contrastanti tra loro e vi è spazio per forti dubbi interpretativi, nel caso delle successioni è esplicita la volontà di fare riferimento alla tradizione di diritto musulmano classico⁽⁵⁰⁾.

Le norme in materia successoria presentano “*un caractère d'ordre public*”: la volontà del *de cuius* non può essere derogata o modificata, la linea di successione degli agnati è favorita rispetto alla discendenza femminile e, a parità di grado di parentela, l'uomo eredita il doppio di quanto eredita la donna⁽⁵¹⁾.

È doveroso comunque sottolineare che il CSP ha in effetti introdotto dei correttivi alla disciplina giuridica musulmana. Con un emendamento allo stesso CSP, infatti, si introdusse “*l'agnatisation*” delle figlie e del congiunto⁽⁵²⁾. Nel diritto musulmano, le figlie del defunto e il coniuge sono eredi “di riserva”: essi ricevono la loro parte di successione, mentre il resto della successione va agli agnati, ed in assenza degli agnati, al Tesoro. Grazie a questa prima modifica, la donna sposata può beneficiare del *radd* (il ritorno): ciò significa che in assenza di parenti di sesso maschile, la donna riceverà tutto il patrimonio del defunto. La seconda innovazione apportata al sistema del diritto musulmano classico concede alla figlia del defunto il diritto di evizione nei confronti dei parenti collaterali: ha il diritto cioè di eliminare gli eredi di sesso maschile compresi tra i fratelli, gli zii e i discendenti degli zii, divenendo di conseguenza erede universale della totalità della successione⁽⁵³⁾.

È da ricordare inoltre che le discriminazioni in materia successoria colpiscono anche i non musulmani: la moglie cristiana o ebrea di un musulmano non eredita dal proprio marito, a meno che non dimostri la propria conversione all'Islam prima dell'apertura della successione⁽⁵⁴⁾. La disparità di culto è un impedimento che ha valenza reciproca: il non-musulmano non eredita dal musulmano, ma anche il musulmano non eredita dal non-musulmano. Questa regola però sembra non valere per la sposa non-musulmana di un tunisino: il marito e i figli (che si presumono della stessa religione del padre) in questa ipotesi ereditano, poiché si ritiene che alla moglie/madre, che nella maggior parte dei casi è straniera, si debba applicare la legislazione del suo paese d'origine. Inoltre, la sposa non-musulmana di un tunisino, poiché non eredita, potrà essere “gratificata” con un lascito, determinato nel testamento⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Incapacités. Successions et libéralités*, Editions du Jurisclasseur, 1997, p. 10.

⁽⁵¹⁾ Per agnati si intendono i discendenti di sesso maschile.

⁽⁵²⁾ Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., p. 213.

⁽⁵³⁾ Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., p. 214.

⁽⁵⁴⁾ K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Incapacités. Successions et libéralités*, cit., p. 12.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*.

È interessante sottolineare come le tendenze più recenti della giurisprudenza tunisina in materia di disparità di culto come impedimento alla successione sembrino orientarsi verso la disapplicazione delle norme appena menzionate. Sono da ricordare le sentenze del Tribunale di prima istanza di Madia del 31 ottobre 1988, del Tribunale di prima istanza di Monastir del 1 novembre 1994, del Tribunale di prima istanza di Tunisi del 18 maggio 2000 e soprattutto la sentenza della Corte d'Appello di Tunisi del 14 giugno 2002⁽⁵⁶⁾. Nella motivazione di quest'ultima sentenza, la Corte d'Appello, basandosi sull'art. 6 della Costituzione, che sancisce l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, afferma che l'impedimento alla successione per disparità di culto potrebbe creare due categorie di cittadini: «...une catégorie ayant vocation à l'héritage parce que de même confession que le de cuius et une catégorie exclue de l'héritage pour cause d'exercice du libre choix de conscience»⁽⁵⁷⁾.

Sembra quindi che le discriminazioni in materia di successione più difficili da eliminare, o da "limitare negli effetti" attraverso il lavoro giurisprudenziale, siano quelle riguardanti la disparità di trattamento tra uomo e donna. La permanenza nel CSP di queste disposizioni in contraddizione con l'impostazione egualitaria del codice stesso continuano ad essere oggetto di critiche e di tentativi di modifica. Recentemente, nel 2000, *l'Association des Femmes Démocrates*, movimento femminista tunisino indipendente, ha condotto una campagna per rilanciare la modifica delle disposizioni discriminatorie in materia di successione e per sensibilizzare sul tema la popolazione tunisina.

⁽⁵⁶⁾ M. Ghazouani, "La jurisprudence sur les droits fondamentaux", (in arabo), *Revue de la Jurisprudence et de la Législation* (d'ora in avanti *RJL*), dicembre 2002, citato in Y. Ben Achour, *Les civilisations dans le système internationale*, in corso di pubblicazione, Brylant, Bruxelles, 2003.

⁽⁵⁷⁾ Traduzione di Yadh Ben Achour, in *Les civilisations dans le système international*, cit. Riporto qui di seguito, data la sua rilevanza, il testo della sentenza, così come citato da Yadh Ben Achour: «Attendu que la prohibition de la discrimination pour des considérations religieuses fait partie des principes fondamentaux de l'ordre juridique tunisien, qu'elle fait partie des implications de la liberté religieuse, telle qu'elle a été consacrée par l'article 5 de la Constitution, et telle qu'elle ressort des articles 2, 16 e 18 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948, du paragraphe 2, de l'article 2 du Pacte relatif aux droits économiques sociaux et culturels, et de l'article 2, paragraphe 1 du Pacte relatif aux droits civils auxquels la Tunisie a adhéré. La non-discrimination pour des considérations religieuses peut être déduite d'une manière implicite de tous les textes législatifs en vigueur, ce qui en fait un principe général régissant l'ordre juridique. [...]La prise en considération du facteur religieux, comme empêchement successoral ferait dépendre ce droit de la conviction personnelle, ce qui pourrait conduire à l'exercice d'une pression sur la liberté religieuse et le libre choix de la religion [...]indépendamment du fait que cela pourrait déclarer publiquement les convictions intimes de l'individu».

1.2.2. Il matrimonio misto

Il caso del matrimonio tra una musulmana e un non musulmano è un caso particolarmente complicato, poiché non è esplicitamente disciplinato dal CSP. Secondo il Codice infatti, non vi è alcuna differenza di trattamento quanto alla possibilità di contrarre matrimonio tra chi è musulmano e chi non lo è.

Tuttavia, sono sorti dei problemi in riferimento all'interpretazione dell'art. 5 del CSP, che stabilisce che i futuri sposi non devono trovarsi in uno dei casi di impedimento al matrimonio previsti dalla legge. Nella sua formulazione in lingua araba, infatti, il testo utilizza un'espressione ambigua, "*Mawani' Shari'a*", che, letteralmente, può significare sia "impedimenti previsti dalla legge" (o «*empêchements au mariage prévus par la loi*», come è scritto nella traduzione ufficiale francese) sia "impedimenti previsti dalla *Shari'a*", cioè dal diritto musulmano classico, tra i quali figura per le donne musulmane la disparità di culto⁽⁵⁸⁾. L'impedimento sussiste, secondo il diritto musulmano classico, solo nel caso in cui vi sia una donna musulmana che vuole sposare un uomo non-musulmano, mentre il musulmano può sposare una non-musulmana⁽⁵⁹⁾.

Dunque, nel caso in cui si sollevino questioni inerenti agli impedimenti al matrimonio, il giudice potrà scegliere tra due interpretazioni e, quindi, tra due soluzioni possibili: l'una più modernista, in linea con l'interpretazione dell'art. 5 che legge in "*Mawani' Shari'a*" il significato di "impedimenti previsti dalla legge", l'altra più conservatrice, in linea con l'interpretazione che legge nella stessa espressione il significato di "impedimenti previsti dalla *Shari'a*", operando di conseguenza un rinvio al diritto musulmano classico⁽⁶⁰⁾.

Quest'ultima versione è in effetti incompatibile non solo con tutto l'impianto del CSP, ma anche con quanto sancito nell'art. 6 della Costituzione tunisina, che stabilisce l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. Ma a differenza di quanto è recentemente accaduto in materia di successioni a livello giurisprudenziale, pare che in questo caso il ricorso alla Costituzione non sia di alcun aiuto: l'art. 1 della Costituzione, secondo cui la religione musulmana è la religione della Tunisia, viene fatto prevalere su tutti gli altri.

La Corte di Cassazione, nel 1966, ha stabilito che il matrimonio tra una

⁽⁵⁸⁾ A. Mezghani, "Réflexions sur les relations du Code de Statut Personnel avec le droit musulman classique", cit., p. 67.

⁽⁵⁹⁾ L'impedimento cade se viene provata la conversione all'Islam del non-musulmano. Il "certificato di islamizzazione" che viene rilasciato dal Mufti è un certificato amministrativo che permette di provare "l'islamità" della persona in questione. È utile sottolineare che tutti i cittadini tunisini sono presunti "musulmani" e che, secondo quanto stabilisce il diritto musulmano, i figli professano la stessa religione del padre.

⁽⁶⁰⁾ K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 8.

musulmana e un non-musulmano è da considerarsi nullo, sottolineando che tale soluzione è conforme al diritto musulmano classico⁽⁶¹⁾. La Corte ha indirizzato in questo modo la giurisprudenza a ritenere che il diritto musulmano sia un diritto sussidiario, che può essere utilizzato nel caso in cui le norme del CSP siano formulate in modo ambiguo, mentre l'intenzione del legislatore del CSP esprimeva la volontà contraria, e cioè intendeva individuare delle soluzioni a dei problemi specifici senza operare alcun riferimento al diritto musulmano classico⁽⁶²⁾.

In più, a dare forza all'interpretazione in senso conservatore dell'art. 5 del CSP, e cioè in linea con la tradizione di diritto musulmano classico, vi è una circolare amministrativa emanata nel 1973 dal Ministero della Giustizia, che vieta agli ufficiali di stato civile di registrare il matrimonio tra una musulmana e un non musulmano, in nome della conservazione della "*originalité tunisienne*"⁽⁶³⁾.

Nonostante ciò, negli ultimi anni la pratica sembra evolversi autonomamente dagli indirizzi giurisprudenziali e dai provvedimenti amministrativi o legislativi: dal 1996, infatti, alcuni ufficiali di stato civile celebrano matrimoni tra musulmane e non musulmani senza sollevare la questione della disparità di culto.

1.2.3. *La filiazione naturale*

In Tunisia non esiste l'istituto della filiazione naturale: l'unica filiazione prevista dal CSP è la filiazione legittima. Non è riconosciuto al figlio naturale alcun diritto nei confronti del genitore e non è prevista la dichiarazione giudiziale di paternità: tuttavia, il padre può legittimare un figlio nato al di fuori del matrimonio.

La mancanza di tutela per il figlio naturale, nato al di fuori del matrimonio, deriva dal passaggio dell'ordinamento giuridico dalla tradizione del diritto musulmano alla legislazione moderna del CSP.

Nel sistema di diritto musulmano, infatti, difficilmente si individuavano rapporti tra uomini e donne che potevano essere considerati "illeciti", e che

(61) K. Meziou, *Jurisclesseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 8. «*La Cour de Cassation, statuant en matière successorale, a déclaré dans un motif surabondant nul de nullité absolue le mariage de la musulmane avec un non-musulman*» (Cass. Civ. 3384, 31 janv. 1966, *RJL* 1967, 6, p. 37).

(62) A. Mezghani, "Réflexions sur les relations du code de Statut Personnel avec le droit musulman classique", cit., p. 70.

(63) *RJL*, novembre 1973, 9, p. 83. Cfr. Z. Daoud, "Les femmes tunisiennes. Gains juridiques et statut économique et social", cit., p. 29; cfr. M. Modica, "Lo statuto giuridico della donna in Tunisia fra l'eredità laica di Bourghiba e le correnti integraliste", in *Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, n. 3, 1995, pp. 31-36.

quindi potevano dare luogo a casi di filiazione naturale. La poligamia, l'assenza di formalità nel matrimonio, il ripudio, la liceità per gli uomini dei rapporti con le schiave, rendevano nella pratica leciti tutti quei rapporti che in altre culture o tradizioni giuridiche non avrebbero prodotto ipotesi di filiazione legittima⁽⁶⁴⁾.

Solo con la scelta della legislazione modernista, che ha tentato di disciplinare in maniera "restrittiva" le condizioni che identificano un'unione legittima tra uomo e donna, istituendo il matrimonio monogamico e concorrendo ad una sua progressiva formalizzazione, si è giunti a distinguere tra filiazione legittima e naturale, ma senza mai menzionare e disciplinare quest'ultima. Ne consegue che i figli naturali non hanno nessuno status giuridico, né alcuna forma di tutela.

Il legislatore, nel redigere il CSP, si è limitato a riprendere alcune delle disposizioni del diritto musulmano classico, dando luogo ad incertezze ed incoerenze, poiché il vocabolario del diritto musulmano classico non ha corrispondenti nel diritto moderno, ed allo stesso modo la società retta dal sistema del diritto musulmano non aveva certo le caratteristiche della società moderna⁽⁶⁵⁾.

Il CSP enumera tre modalità per la determinazione della filiazione legittima: la coabitazione, il riconoscimento del padre e la testimonianza di due o più persone onorabili. Inoltre il CSP stabilisce che il matrimonio celebrato successivamente alla nascita del figlio non legittima il figlio stesso: l'istituto della legittimazione per matrimonio successivo non esiste nel diritto tunisino.

Per quanto riguarda la prima modalità, il termine "coabitazione", utilizzato nella traduzione francese (*cohabitation*), traduce malamente il vocabolo della versione araba *firash*. Il *firash* infatti non consiste nella semplice coabitazione: secondo il diritto musulmano classico, esso comprende tutti i rapporti leciti che il padre intrattiene con la madre del bambino. Il *firash* permette quindi di stabilire l'esistenza di una presunzione di paternità in caso di matrimonio, e permette di estendere questa presunzione al caso del matrimonio dichiarato nullo⁽⁶⁶⁾.

Perché ci sia presunzione di paternità, il bambino deve essere concepito nel corso del matrimonio: è considerato concepito durante il matrimonio il figlio nato sei mesi o più dopo la celebrazione del matrimonio, o nato entro un anno dal decesso del marito, dalla sua assenza, o dal divorzio dei genitori.

Si pongono però dei problemi per quanto riguarda l'accertamento del periodo del concepimento. La difficoltà deriva dalla distinzione nel diritto

⁽⁶⁴⁾ M. Charfi, "Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité", cit., p. 20.

⁽⁶⁵⁾ K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 18.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

tunisino tra la celebrazione del matrimonio e la sua consumazione, poiché può trascorrere un periodo molto lungo tra l'una e l'altra. L'art. 71 del CSP fa decorrere l'inizio dei sei mesi dalla celebrazione del matrimonio, valido o nullo che sia. L'art. 22 dello stesso invece, riguardante la disciplina del matrimonio nullo, stabilisce la presenza della filiazione legittima solo nel caso del matrimonio consumato. Vi sono quindi delle disposizioni in contraddizione tra loro e la giurisprudenza non ha ancora chiarito quale interpretazione del combinato disposto sia la più corretta.

Per quanto riguarda la seconda delle modalità stabilite dal CSP per la statuizione della filiazione legittima, e cioè il riconoscimento del padre, questa è resa nella versione francese del CSP dal termine *aveu*, che traduce il vocabolo arabo *iqrar*⁽⁶⁷⁾. L'*iqrar* è un istituto del diritto musulmano classico che permette di riconoscere, spontaneamente e in alcune circostanze, un legame di parentela diretta o indiretta con un'altra persona. Nel CSP sono previste sia l'azione di riconoscimento del figlio naturale, nel caso in cui un uomo riconosca un bambino come proprio (art. 68 CSP), sia l'azione di "riconoscimento della filiazione paterna o materna", nel caso in cui un figlio riconosca un uomo o una donna come proprio padre o come propria madre (art. 70 CSP). Precedentemente ho sostenuto che la dichiarazione giudiziale di paternità non è prevista dal sistema tunisino. È possibile sostenere ciò poiché condizione per il "riconoscimento della filiazione paterna o materna" è la conferma del padre o della madre, finendo per equivalere all'azione di riconoscimento del figlio naturale⁽⁶⁸⁾.

Vi sono dubbi anche sul fatto che sia sufficiente il riconoscimento da parte del padre per stabilire la filiazione legittima, poiché parrebbe ad alcuni necessaria la concorrenza del *firash*. La giurisprudenza si è espressa in proposito in modo non costante: la stessa Corte di Cassazione ha pronunciato sentenze diverse in materia, ritenendo ora sufficiente il riconoscimento da parte del padre, ora necessaria la concorrenza del *firash*. Recentemente però, la Corte ha ripetuto più volte che l'art. 68 del CSP stabilisce tre modi distinti per la determinazione della filiazione.

La terza modalità, cioè la testimonianza di due o più persone onorabili, è stabilita dal CSP (art. 68), ma senza che ne vengano previsti il contenuto e le forme. Si ripropongono quindi gli stessi dubbi già espressi per l'azione di riconoscimento del figlio naturale: la testimonianza è sufficiente per stabilire la filiazione o è necessaria la concorrenza del matrimonio? Se si segue la giurisprudenza recente della Corte di Cassazione, si può ritenere che la testimonianza sia un modo autonomo di istituzione della filiazione⁽⁶⁹⁾.

(67) K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 19.

(68) S. Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse, Tunis 1976, p. 127.

(69) K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 20.

2. Questioni relative all'applicazione delle norme del CSP

Un'analisi della legislazione tunisina in materia di diritti delle donne non può prescindere dal considerare almeno alcune delle questioni inerenti alla sua applicazione.

In questa sede prenderò in esame, seppur brevemente, due questioni, entrambe collegate a due temi molto attuali e dibattuti, quali le prospettive del costituzionalismo e la funzione del giudice nei paesi arabo-musulmani.

La prospettiva che utilizzerò per affrontare le due questioni sarà quella della produzione giurisprudenziale: la prima questione infatti investe il rapporto del CSP, e delle leggi ad esso collegate, con la Costituzione, ed il modo in cui quest'ultima viene utilizzata dalla giurisprudenza per dare o non dare applicazione alle regole ed ai principi del CSP; la seconda questione riguarda il ruolo del giudice, che, nella sua funzione di interprete della legge, è in grado di orientare l'applicazione della legislazione, utilizzando in senso modernista o conservatore gli spazi di interpretazione dovuti alle formulazioni vaghe (intenzionalmente o non intenzionalmente) di alcune norme. Del resto, prendere in esame la produzione giurisprudenziale permette di comprendere quale ruolo abbia svolto la magistratura, dagli anni cinquanta in poi, in relazione all'applicazione delle regole e all'attuazione dei principi contenuti nel CSP, e quanto la giurisprudenza abbia risentito, al pari della legislazione, delle varie vicende politiche. Anche la giurisprudenza infatti ha seguito tendenze moderniste allorché era forte la spinta politica in questa direzione ed ha adottato atteggiamenti più cauti allorché era palese la rimonta del consenso ottenuto dai gruppi islamisti più legati alla tradizione religiosa.

L'esperienza del costituzionalismo ha le sue origini nei paesi arabo-musulmani nel XIX secolo, come risposta al potere assoluto dei governanti in una prima fase, e quindi alla dominazione delle potenze coloniali ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ Il movimento costituzionalista arabo-musulmano, come il movimento riformista, fu composto sin dall'inizio da forze politiche molto diverse tra loro. In particolare, tre furono le tendenze che impressero un orientamento decisivo al movimento: il liberalismo borghese (la nuova classe borghese era interessata a guadagnare influenza nei confronti del potere statale); il nazionalismo diffuso soprattutto nei centri urbani (la rivolta contro le dominazioni straniere rappresentava la richiesta di compartecipazione nella gestione del potere); il movimento della Rinascita islamica (che riconosceva nell'Islam un'identità rivoluzionaria che il popolo poteva utilizzare per impadronirsi del potere). Cfr. M. El-Fadhel Ben Achour, *Le mouvement littéraire et intellectuel en Tunisie au XIVème s. de l'Hégire - XIXème-XXème*, Les Editions de la Méditerranée, Aix-en-Provence, 1998, pp. 228 e ss; L. Larguet, "Il regime giuridico delle libertà pubbliche in Tunisia", in G. Gozzi (a cura di) *Islam e democrazia*, il Mulino, Bologna, 1998, pp. 65-81. I testi delle Costituzioni tunisine del 1857 e del 1861 si possono trovare sul sito internet *Legisnet*, in <http://www.legisnet.com/massinissa.html>. Cfr. R. Schulze, *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 42-43; M. Campanini, *Islam e politica*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 170.

Le Carte costituzionali moderne vengono emanate invece nel periodo immediatamente successivo alla conquista delle Indipendenze: esse si differenziano molto l'una dall'altra, per quanto riguarda sia la struttura dello stato, sia l'adesione di questo agli organismi sovranazionali o al diritto internazionale, sia il legame che sanciscono tra la nazione e la religione islamica, vincolo che assume valenze ed intensità variabili ⁽⁷¹⁾.

Le diverse attitudini che gli Stati arabo-musulmani manifestano nei confronti della religione sembrano testimoniare come questa, nel momento in cui non si occupa esclusivamente della sfera privata dell'individuo, del foro interiore, diventi strumento politicamente non innocente, al servizio delle contrapposizioni ideologiche e degli interessi privati ⁽⁷²⁾.

Il vincolo che lega l'Islam allo Stato diventa un tentativo di giustificare e fondare la legittimità dello Stato stesso: la separazione (totale o parziale) tra religione e diritto negli stati arabo-musulmani moderni ha creato un vuoto di legittimazione, sia nei riguardi del fondamento dello Stato costituzionale, sia nei riguardi della giustificazione della titolarità del potere politico ⁽⁷³⁾. Il potere politico attuale, che non è più un potere auto-legittimante, sta

⁽⁷¹⁾ A. Amor, "Constitutions et religion dans les Etats musulmans (II): la nature de l'Etat", in *Conscience et liberté*, n. 55, 1998, pp. 122-141. Anche Abdelfattah Amor sottolinea come la frammentazione nell'esperienza costituzionalista nei paesi arabo-musulmani corrisponda ad un profonda diversificazione anche nelle organizzazioni statali: è impossibile infatti individuare un modello preciso di "stato islamico" come è difficile trovare interpretazioni univoche delle pochissime disposizioni sharaitiche in materia di diritto pubblico.

⁽⁷²⁾ A. Amor, *Constitutions et religion dans les Etats musulmans*, in <http://www.univ-tlse1.fr/publications/Constit/Amor.html>, p. 8. Le Costituzioni in questo modo diventano lo strumento attraverso il quale ogni Stato manifesta la propria scelta e le proprie modalità di adesione alla religione islamica e la formula che sancisce l'Islam religione di Stato è da alcuni interpretata come un tentativo di secolarizzazione dello Stato stesso. Con la nascita degli Stati indipendenti infatti, si è passati da un unico Islam "ortodosso" ad una pluralità di Islam "ufficiali". Non esistono più gli "Stati dell'Islam": secondo il principio del "*cuius regio, eius religio*" ha preso piede "l'Islam degli Stati". Ogni Stato sceglie la propria interpretazione della religione, più o meno modernista, più o meno laicizzante, a sua discrezione, ed il nuovo "principio costituzionale" implicito sancisce l'impossibilità "di essere più musulmani del re" (o del capo del governo). Del resto, come sottolinea Ben Achour, lo stesso processo si è avuto in Europa attorno ai secoli XVI e XVII. Y. Ben Achour, *Normes, foi et loi*, Cérès Editions, Tunis, 1993, p. 259. Cfr. Y. Ben Achour, *La suprématie de la Constitution. Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel-Volume I*, Toubkal, Casablanca, 1986; S. Ben Achour-Derouiche, "Etats non sécularisés, laïcité et droits des femmes", in *RTD*, 1993, pp. 297-311, alla p. 305. Su tutto quanto precede cfr. O. Giolo, "La teoria del diritto musulmana tra razionalismo e volontarismo. Esperienze dell'Islam maghrebino", in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, n. 3, 2002, pp. 401-428.

⁽⁷³⁾ Secondo Bernard Lewis «la legittimità di un governo è per i musulmani maggiormente garantita quando deriva dall'Islam che non quando deriva da rivendi-

cercando di fondare la propria legittimazione all'esterno di sé, passando da una legittimazione intrinseca ad una estrinseca, attraverso le forme della legittimazione democratica⁽⁷⁴⁾.

Si spiega così il fatto, apparentemente paradossale, che le Carte costituzionali, nonostante siano considerate le leggi fondamentali dello Stato, appaiano come l'elemento più debole e fragile degli ordinamenti moderni in questi paesi, e come la loro effettività sia aleatoria, piegata alle necessità ed alle esigenze del potere politico⁽⁷⁵⁾.

All'origine di questo paradosso vi sono senz'altro le questioni risalenti alle difficoltà dell'introduzione dello strumento della Costituzione (estraneo alla tradizione giuridica musulmana), ma si può aggiungere ugualmente la tensione che si viene a creare tra il carattere giuridico della Costituzione e il suo contenuto politico. In un certo numero di paesi del Sud del mondo, e tra questi molti dei paesi arabo-musulmani, si è assistito ad un fenomeno che si potrebbe definire di «*personnalisation de la Constitution*», grazie al quale la Costituzione si trova ad essere ritagliata "su misura" delle esigenze di certe personalità politiche importanti⁽⁷⁶⁾. Gli uomini che si trovano a gestire il potere modificano o violano la Costituzione imponendo la propria interpretazione personale, senza minimamente badare ai requisiti di legalità previsti per i procedimenti di modifica e revisione.

In entrambe le ipotesi, la Costituzione perde gran parte del proprio significato, soprattutto perde le sue funzioni di limite e di regolamento dell'esercizio dei poteri pubblici. La legalità costituzionale si riduce ad essere subordinata agli obiettivi primariamente assunti, di volta in volta, dagli uomini al potere⁽⁷⁷⁾.

cazioni nazionalistiche, patriottiche, o anche dinastiche, o peggio da nozioni occidentali di sovranità nazionale o popolare» (B. Lewis, *The Political Language of Islam*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, trad. It. *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Bari, 1991, p. 7). Cfr. A. Mahiou, "L'Etat de droit dans le monde arabe. Rapport introductif", in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1995, pp. 1-25.

⁽⁷⁴⁾ Y. Ben Achour, "Conclusions Générales", in AA.VV., *Les Constitutions des Pays arabes*, Brylant, Bruxelles, 1999, pp. 307-323, alla p. 308.

⁽⁷⁵⁾ S. Belaid, "De quelques problèmes posés par l'application de la norme constitutionnelle", in *RTD*, 1983, pp. 17-37.

⁽⁷⁶⁾ *Idem*, p. 30.

⁽⁷⁷⁾ Il 26 maggio 2002 si è tenuto in Tunisia un referendum costituzionale: con una percentuale pari al 99,8, la popolazione tunisina ha approvato la proposta di riforma presentata dal Presidente della Repubblica in carica, Zinedine El Abidine Ben Ali, il quale, modificando la Costituzione nel punto in cui limitava al numero di tre i mandati presidenziali effettuabili dalla stessa persona, ora si è garantito la possibilità di ottenere "legalmente" un quarto mandato. La riforma, una volta approvata con il referendum, è stata adottata dalla Camera dei Deputati della Tunisia. Per ottenere ulteriori informazioni in merito, è possibile consultare il sito ufficiale www.referendum-tunisie.org. A proposito del referendum costituzionale, Hamadi Redissi scrive: «*Sans doute, le référendum est-il une technique démocratique,*

Le questioni che investono attualmente la dimensione “costituzionale” degli stati arabo-musulmani in genere, della Tunisia in particolare, e che suscitano più interesse, sono quindi relative alla supremazia della costituzione, alla gestione democratica del potere, alla laicità, al rispetto del pluralismo nella partecipazione alla vita politica, della libertà di pensiero e di culto: esse investono in definitiva le problematiche legate alla tutela dei diritti individuali.

Nel caso della Tunisia, il diritto costituzionale fornisce «la teoria generale dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche essenziali»⁽⁷⁸⁾: è la Costituzione stessa che li proclama⁽⁷⁹⁾.

La Costituzione però si limita a proclamare le libertà ed i diritti e ad affermare che essi sono garantiti, rinviando alla legge la loro regolamentazione e attuazione, cioè le forme della loro garanzia. In più, in assenza di un organo incaricato del controllo della costituzionalità delle leggi, che potrebbe vagliare l'adesione della legislazione alle regole ed ai principi costituzionali, di fatto si è lasciata la funzione di controllo della costituzionalità delle leggi

*dite semi-directe, mais destiné à diminuer les pouvoirs d'une assemblée forte et souveraine, ce qui n'est pas le cas en Tunisie. Le chef de l'État est seul juge d'opportunité de l'initiative et du contenu du référendum, et sans contrôle, même pas hypothétique du conseil constitutionnel, celui-ci ne pouvant émettre son avis sur l'initiative de révision (art. 75). Le référendum doit poser une question simple et non une multitude de questions. Celle qu'on pose au peuple le 26 mai est d'apparence innocente: "êtes-vous d'accord sur le projet de loi constitutionnelle relative à l'amendement de certaines dispositions de la constitution, adoptées par la chambre des députés, lors de la séance plénière du 2 avril 2002 et publiée au journal officiel de la République?". On a seulement omis de dire que les dites dispositions, réparties en quatre volets (droits humains, institution d'une deuxième chambre, contrôle de la constitutionnalité des lois, et système de l'élection présidentielle) portent sur pas moins de 38 articles (21 par abrogation, 21 par suppression ou ajout de quelques alinéas), c'est à dire, plus de la moitié des 78 dispositions de la constitution». Più in generale, riferendosi alla storia costituzionale della Tunisia dal 1959 in poi, Redissi scrive: «La constitution de 1959, dont la stabilité n'a d'égal que les nombreuses distorsions dont elle a fait l'objet, institue le principe formel de la séparation des pouvoirs. Mais, dès 1959, le dispositif constitutionnel était perverti par des techniques dérogatoires aux principes de l'État de droit, les modifications ultérieures n'ayant fait qu'aggraver les illégalismes de droit et de fait» (Cfr. H. Redissi, *Qu'est-ce qu'une tyrannie électorale?*, in corso di pubblicazione).*

⁽⁷⁸⁾ R. Ben Achour. “Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en Tunisie”, in *RTD*, 1989, pp. 55-69, alla p. 57.

⁽⁷⁹⁾ La Costituzione tunisina, in dettaglio, sancisce i seguenti diritti e libertà fondamentali: inviolabilità della persona umana (art. 5); libero esercizio dei culti (art. 5); uguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini (art. 6); libertà di opinione (art. 8); libertà di espressione (art. 8); libertà di stampa (art. 8); libertà di riunione (art. 8); libertà di associazione (art. 8); inviolabilità del domicilio (art. 9); segretezza della corrispondenza (art. 9); libertà di circolazione all'interno del territorio tunisino e all'esterno (art. 10); libertà nella scelta del domicilio (art. 10); sicurezza (artt. 12 e 13); irretroattività della legge penale (art. 13); diritto di proprietà (art. 14); asilo politico (art. 17).

alla discrezionalità dei poteri costituiti, e cioè al potere legislativo e al potere giudiziario⁽⁸⁰⁾.

Il giudice, di conseguenza, si è assunto il compito di provvedere alla protezione dei diritti e delle libertà costituzionali, non in ordine a disposizioni costituzionali precise, ma in ordine ad una semplice "*disposition des choses*"⁽⁸¹⁾.

È immediatamente intuibile quindi l'esigenza di soffermare la propria attenzione anche sulla figura del giudice che in ambito arabo-musulmano ha subito profonde trasformazioni, che ne hanno ridimensionato l'importanza e le funzioni all'interno della società. Il *qâdi*, nell'Islam classico⁽⁸²⁾, era la personalità più importante, il perno nell'amministrazione della giustizia: teoricamente – poiché nella pratica spesso gli si affiancavano giurisdizioni speciali – egli disponeva di una competenza generale negli affari penali, negli affari relativi alla proprietà, ai contratti e allo statuto personale⁽⁸³⁾. Se nel passato quindi, nel sistema del diritto musulmano classico, il giudice fungeva da "rettore della società", poiché tutto era ricondotto alla sua funzione di traduttore e mediatore tra i principi della Legge rivelata e le necessità della vita terrena, nei sistemi moderni dei paesi arabo-musulmani, il giudice è ridimensionato a semplice "funzionario del diritto", o, nella peggiore delle ipotesi, a servile "funzionario del potere".

⁽⁸⁰⁾ *Idem*, p. 59. La Costituzione non statuiva nulla in merito al controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Cfr. R. Ben Achour, "Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire en Tunisie", in *RTD*, 1983, pp. 51-66. Il 16 dicembre 1987, è stato istituito per decreto il Consiglio costituzionale, concepito come organo alle dipendenze esclusive del Presidente della Repubblica. In seguito, nel 1995, la legge costituzionale n. 95-90 ha aggiunto alla Costituzione un nuovo capitolo avente ad oggetto il consiglio costituzionale, il capitolo IX. Il Consiglio costituzionale opera soltanto un controllo a priori, quindi solo sui progetti di legge, a domanda del Presidente della Repubblica. Il parere del Consiglio costituzionale, in seguito ad un'ulteriore modifica apportata nel 1998 all'art. 75 della Costituzione, ha forza vincolante. Cfr. H. Chekir, *Les Statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., p. 304.

⁽⁸¹⁾ R. Ben Achour, "Les protections et le garanties constitutionnelles des droits et des libertés en Tunisie", cit., p. 61.

⁽⁸²⁾ S. Laghmani, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit. Le discours fondateur du droit. Tome premier. La Nature, la Révélation et le Droit*, Cérès Production, Tunis, 1993, p. 167.

⁽⁸³⁾ B. Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala-Iremam, Paris-Aix en Provence, 1993, p. 152. Gli storici hanno sempre indicato l'esistenza di altre giurisdizioni (come, ad esempio, i tribunali consuetudinari e la giustizia militare), che variavano a seconda delle epoche e dei luoghi. Ma la competenza del *qâdi* in materia di statuto personale (e cioè in merito alle disposizioni più precise e dettagliate contenute nel Corano) non era mai contestata, e l'aspetto religioso della sua competenza gli conferiva il più alto prestigio. Cfr. H. Bleuchot, *Droit musulman. Tome 2: Fondements, culte, droit public et mixte*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix en Provence, 2002, p. 621.

Inoltre il passaggio dal sistema giuridico del diritto musulmano classico a quello moderno ha portato con sé l'emergere di ulteriori problematiche, sollevando il problema dell'articolazione del diritto moderno con la propria tradizione: il diritto, in quanto struttura, si trova a confrontarsi necessariamente con il diritto in quanto memoria⁽⁸⁴⁾.

Il giudice diventa attore in questo procedimento di articolazione, trovandosi egli stesso «*au croisement entre deux types d'énonciation normative*»: il «*dire le prescrit de Dieu*» del giudice del diritto musulmano classico e il «*dire le droit*» del giudice moderno⁽⁸⁵⁾. Ciò è dovuto alla possibilità di scelta che spesso è lasciata al giudice tra più repertori giuridici, quello di diritto musulmano e quello di diritto moderno⁽⁸⁶⁾.

In molti casi, il ricorso del giudice al repertorio di diritto musulmano può essere interpretato in termini di crisi di legittimità: il giudice sembra postulare la necessità di aggiungere al diritto positivo, ed al correlato principio di legalità, altri criteri concernenti l'efficacia e soprattutto la legittimità della norma. Di conseguenza, si realizza una sorta di spostamento dal concetto di legalità a quello di "normalità", inteso come riferimento alla norma che è considerata socialmente, eticamente e religiosamente legittima⁽⁸⁷⁾.

Ma occorre sottolineare che il comportamento del giudice non è neanche in questo senso uniforme; non sempre cioè appare ai suoi occhi come necessario il ricorso alle norme religiose. Ad esempio, in materia di diritto del lavoro, di relazioni commerciali e professionali, nel campo della vita pubblica ed economica, il giudice ricorre alla legge positiva, al diritto

⁽⁸⁴⁾ B. Dupret, *Au nom du quel droit*, CEDEJ, Paris, 2000, p. 114.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁶⁾ Infatti, l'ordinamento giuridico negli Stati arabo-musulmani, soprattutto in tema di statuto personale, è ancora "misto" (contiene cioè istituti, organi, norme, che si richiamano ora al diritto musulmano classico, ora al diritto moderno) ed è lasciata alla discrezionalità del giudice l'interpretazione delle norme (spesso formulate volontariamente in modo ambiguo per permettere interpretazioni diverse) in senso "tradizionalista" o "modernista". Scegliendo cioè quale diritto applicare (quello di ispirazione religiosa o quello di ispirazione modernista), il giudice scandisce i tempi e la velocità del trapasso da una concezione dualistica dello Stato (che prevede la compresenza diritto divino-diritto statale), ad una concezione monistica (solo diritto statale). Baudoin Dupret individua quattro tipi di rapporti tra il repertorio di diritto musulmano e il repertorio di diritto moderno: la sostanzializzazione (allorché oggetto del contenzioso è l'Islam stesso, poiché è necessario interpretare le disposizioni del diritto positivo riguardanti la religione, la libertà di coscienza e l'esercizio del culto); la strumentalizzazione (si ricorre all'Islam per fondare una decisione riguardante una determinata nozione di ordine pubblico); la convalida (si ricorre a principi generali, quali le norme che sanciscono l'Islam religione dello stato, a confronto della legge positiva); l'invalidamento (si ricorre alla *Shari'a* per invalidare la legge positiva). B. Dupret, *Au nom du quel droit*, cit., pp. 114-118.

⁽⁸⁷⁾ *Idem*, p. 152.

moderno, alle convenzioni internazionali, al diritto comparato. Diversamente, in materia di statuto personale, il giudice si allontana dalle disposizioni della legge positiva dello Stato, ignora le convenzioni internazionali, e si rifà quasi esclusivamente alla legge religiosa musulmana, anche nel caso in cui questa contraddica quanto stabilito dalla legge positiva statale.

In questo contesto, chiaramente riconducibile alla fase di transizione che stanno vivendo i paesi arabo-musulmani in ambito giuridico, l'azione del giudice può tradursi nella continuazione della tradizione passata oppure nell'anticipazione di una tradizione futura.

2.1. *L'art. 1 della Costituzione e la tutela dell'identità arabo-musulmana*

Nella tradizione giuridica tunisina, il ricorso del giudice ordinario alla norma costituzionale non è pratica diffusa, né coerente, né determinante.

Nonostante ciò, è possibile rilevare una particolare attenzione del giudice nei confronti dell'articolo 1 della Costituzione, che recita: «*La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain: sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la République*», e che influenza l'interpretazione di molte norme dell'ordinamento giuridico. Ad esempio, l'art. 1 è l'articolo che più spesso viene richiamato allorché è in causa l'adesione ai trattati e alle convenzioni internazionali, soprattutto al fine di formulare riserve.

I giudici hanno fatto ricorso all'art. 1 della Cost. a fini diversi⁽⁸⁸⁾. In una prima serie di sentenze ad esempio, i tribunali tunisini hanno utilizzato l'art. 1 per colmare una lacuna legislativa: trovandosi di fronte ad un caso non disciplinato espressamente dalla legge, il giudice è ricorso all'espressione «*sa religion est l'Islam*» per trarne una disciplina particolare⁽⁸⁹⁾. Ovviamente, la possibilità di utilizzare l'art. 1 presenta due vantaggi considerevoli: il carattere generalissimo della disposizione permette al giudice di esercitare un ampio potere e di scegliere tra un ventaglio di soluzioni molto vasto; in più, trattandosi della disposizione che apre la Costituzione, esso gode di un prestigio particolare che investirà anche la decisione che ne viene tratta⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ Preciso che l'art. 1 è utilizzato dalla giurisprudenza sia nella parte in cui stabilisce «*sa religion est l'Islam*», sia nella parte in cui stabilisce «*sa langue l'arabe*». Per una trattazione completa di entrambi i casi si veda I. Ben Moussa, *L'article premier de la Constitution tunisienne dans la Jurisprudence*, Mémoire du D.E.A. en Droit public et financier, Faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis, 1996-1997. In questa sede, ai fini della ricerca, saranno prese in esame solo le sentenze che hanno utilizzato il riferimento all'art. 1 nella parte in cui si riferisce alla religione islamica.

⁽⁸⁹⁾ È il caso questo di una sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Tunisi il 22 dicembre 1993, in materia di cambiamento volontario di sesso. Cass. Civ. n. 10 298 du 22 décembre 1993, *RJL*, janvier 94, p. 109.

⁽⁹⁰⁾ I. Ben Moussa, *L'article premier de la Constitution tunisienne dans la jurisprudence*, cit., p. 35.

In una seconda serie di sentenze, il giudice tunisino ha utilizzato l'art. 1 come strumento per l'interpretazione di una legge, o per sindacare l'interpretazione di una norma fornita da un altro giudice ordinario⁽⁹¹⁾. In questi casi, il ricorso all'art. 1 non è sempre giustificato poiché, per guidare il giudice nella sua opera di interpretazione, il legislatore tunisino ha previsto nel *Code des Obligations et des Contrats* (C.O.C.) delle regole generali. L'art. 532 del C.O.C. dispone che: «*En appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle et l'intention du législateur*»⁽⁹²⁾. Il ricorso all'art. 1, ancora una volta, viene preferito alle regole interpretative stabilite dal C.O.C., perché permette di adottare con maggiore libertà le soluzioni che si ritengono più opportune e che, se necessario, rispondono a quelle funzioni di legittimazione sussidiaria della decisione giudiziale, di cui sopra si è detto⁽⁹³⁾.

Infine, in una terza serie di sentenze, il giudice si è servito dell'art. 1 come mezzo per il controllo della costituzionalità di una legge o di un altro atto giuridico. Ove si trattava di leggi, il giudice ha operato un confronto tra il contenuto dell'articolo 1 della Cost. e il contenuto della legge in esame, per valutarne la costituzionalità⁽⁹⁴⁾. In altri casi, il richiamo all'art. 1 è divenuto il mezzo per definire il contenuto dell'ordine pubblico tunisino, che non può essere violato dalle disposizioni contenute nella sentenza straniera di cui si chiede l'esecuzione⁽⁹⁵⁾. È questa l'ipotesi ad esempio delle sentenze straniere che non possono essere automaticamente eseguite in Tunisia⁽⁹⁶⁾.

(91) È il caso ad esempio della sentenza della Corte di Cassazione di Tunisi del 2 aprile 1968, che stabilisce, in materia di matrimonio, che il termine *firash* (vedi sopra, in materia di mezzi per la statuizione della filiazione legittima), contenuto nell'art. 68 del CSP, deve essere interpretato alla luce dell'art. 1 della Costituzione. Cass. Civ., n. 5350 du 2 avril 1968, *RJL*, janvier-février 1969, p. 25.

(92) I. Ben Moussa, *L'article premier de la Constitution tunisienne dans la jurisprudence*, p. 46.

(93) V. sopra p. 278.

(94) È il caso della sentenza della Corte d'appello di Monastir del 9 gennaio 1986 e della sentenza della Corte d'appello di Sousse del 5 maggio 1993, in materia di adozione. CA de Monastir, arrêt n 145 du 9 janvier 1986, *RTD*, 1989, p. 117; CA de Sousse du 5 mai 1993, *ESSABAH*, 8 mai 1996, p. 11.

(95) Gli artt. 318 e 319 del *Code de procédure civile et commerciale* fissano le condizioni per l'attribuzione dell'*exequatur* ad una sentenza straniera. L'art. 318, 5 comma, stabilisce che la sentenza straniera non deve contenere alcuna disposizione che sia contraria all'ordine pubblico tunisino.

(96) Ad esempio, in materia di affidamento dei figli nati da un matrimonio misto, si vedano le seguenti sentenze della Corte di Cassazione: Cass. civ. n. 2000 del 15 maggio 1979, *RJL*, dicembre 1980, p. 79; Cass. civ. n. 7422 del 3 giugno 1982, *RJL*, novembre 1983, p. 63; Cass. civ. n. 14220 del 29 ottobre 1985, *RJL*, giugno 1987, p. 79. Particolarmente interessante è il caso della sentenza del Tribunale di prima istanza di Tunisi del 27 giugno 2000, che ha rifiutato di eseguire in Tunisia il ripudio pronunciato da un tribunale egiziano, perché in contrasto con il principio di uguaglianza.

È possibile di conseguenza affermare che i termini generali nei quali è stato formulato l'art. 1 hanno permesso fino ad ora al giudice di attribuirgli ogni volta una significato differente, a seconda della materia e degli interessi in gioco nei casi esaminati. L'espressione "*sa religion est l'Islam*" viene intesa ora come un semplice richiamo alla tutela dell'identità culturale, ora come un vero e proprio riferimento alle regole della *Shari'a*, allo spirito della *Shari'a* o alle fonti del diritto musulmano⁽⁹⁷⁾.

Ho già riferito in merito alla volontà del legislatore – soprattutto in materia di statuto personale e di CSP – di non operare alcun riferimento ed alcun rinvio alle regole ed alle fonti del diritto musulmano. Diversamente, il giudice utilizza l'art. 1 per limitare gli effetti modernizzanti ed emancipanti della legislazione, nonostante appaia evidente anche la contraddizione che esiste tra questo tipo di interpretazioni, di tipo tradizionalista, e il contenuto di altri articoli della Costituzione tunisina, quali l'art. 5, che sancisce la libertà di coscienza, e l'art. 6, che sancisce il principio dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

Va sottolineato come siano pressoché inesistenti indagini sulle relazioni tra l'art. 1 e l'art. 6 della Costituzione Tunisina, e cioè sulle relazioni tra l'affermazione dell'identità arabo-musulmana e l'affermazione del principio di uguaglianza. La questione pare non porsi: ma quando concretamente si verifica un conflitto tra questi due principi, prevale nella giurisprudenza il riferimento all'art. 1, che diventa quindi strumento per la limitazione del principio di parità⁽⁹⁸⁾. In materia di diritti delle donne, l'art. 6 della Costituzione resta pressoché ignorato, ed al suo posto assurge a fondamento delle decisioni particolari il sistema costituito dalle norme del CSP in materia di relazione tra i coniugi: in questo modo, la concezione della donna come soggetto legato, per significato e funzione, alla sfera familiare viene ulteriormente rafforzata.

Va tuttavia sottolineato che il recente orientamento giurisprudenziale tende a prestare una maggiore importanza al contenuto dell'art. 6 della Cost., e non solo in materia di successioni⁽⁹⁹⁾. Basti ricordare il caso della sentenza del Tribunale di prima istanza di Tunisi del 27 giugno 2000, che ha rifiutato di eseguire in Tunisia il ripudio pronunciato da un tribunale egiziano, perché in contrasto con il principio di uguaglianza. Nella sentenza si osserva che: «*Attendu que la répudiation qui constitue un mode classique et religieux de dissolution du lien matrimonial, basé sur la volonté unilatérale de l'époux, sans égard à l'intérêt de la famille, heurte l'ordre public tunisien, ainsi qu'il ressort de*

⁽⁹⁷⁾ I. Ben Moussa, *L'article premier de la Constitution tunisienne dans la jurisprudence*, p. 100.

⁽⁹⁸⁾ Idem, pp. 84 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Mi riferisco alla sentenza della Corte d'Appello di Tunisi che ha ritenuto l'impedimento alla successione per disparità di culto contrario al principio d'uguaglianza tra i cittadini sancito dall'art. 6. Vedi sopra, p. 268.

l'article 6 de la Constitution, des articles 1,2 et 16 paragraphes 1 et 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et des articles 1,2 et 16,1c de la Convention des Nations Unies de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes»⁽¹⁰⁰⁾. Anche questa sentenza dimostra quindi come sia possibile dare applicazione all'art. 6 della Cost. senza necessariamente subordinare quest'ultimo al rispetto dei significati più vari che si possono attribuire all'art. 1 della Cost.. L'art. 6 può quindi divenire legittimamente lo strumento per permettere l'applicazione delle disposizioni più moderne contenute nel CSP e nelle leggi collegate, per autorizzare le interpretazioni moderniste delle norme ambigue contenute nelle stesse leggi e per dare attuazione alle norme contenute nelle Dichiarazioni e nelle Convenzioni internazionali ratificate dalla Tunisia stessa.

2.2. *Il ruolo del giudice*

Avendo accennato alla giurisprudenza in materia di diritti delle donne ed in particolare alla produzione giurisprudenziale che chiama in causa il rapporto tra CSP e Costituzione, è opportuno soffermarsi sulla figura del giudice, sulla nuova funzione e sul nuovo ruolo che esso si trova a dover gestire nel contesto della società tunisina moderna, sottolineando, ancora una volta, come, nelle diverse branche del diritto, il giudice diventi uno degli attori principali nel determinare la progressione del diritto in chiave conservatrice o modernista⁽¹⁰¹⁾.

Come già visto, in particolare in materia di statuto personale, il giudice è in grado di influire sia sulla applicazione delle norme di diritto internazionale, sia sull'interpretazione della Costituzione, sia sull'interpretazione delle norme del CSP e delle circolari attuative dello stesso. Egli diventa quindi l'autentico "traduttore" ora delle istanze politiche, ora delle pressioni sociali, scegliendo, nello spazio di ambiguità delle norme che volutamente il legislatore ha dettato, la direzione conservatrice o la prospettiva modernista.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Y. Ben Achour, *Les civilisations dans le système international*, cit., p. 331.

⁽¹⁰¹⁾ A. Mustapha, *L'égalité entre l'homme et la femme dans le Code du Statut Personnel*, cit., p. 14. Il giudice ricopre anche nelle società occidentali un ruolo importante, soprattutto in materia di tutela dei diritti della persona, in particolare di diritti delle donne. In proposito Anna Loretoni scrive: «Neppure il giudice è un attore neutrale: nell'interpretare la legge il giudice esercita sempre un ruolo discrezionale, selezionando tra i molti punti di vista lasciati aperti dal diritto scritto quello più vicino alle sue preferenze. [...] La risposta di femministe come Martha Minow è simile a quella offerta da Duncan Kennedy, secondo il quale la 'rivelazione dei fini politici che si nascondono dietro la facciata mistificante [del diritto] è la premessa per mettere al posto giusto giudici che faranno 'la cosa giusta'» (A. Loretoni, "Stato di diritto e differenza di genere", cit., p. 413).

Nella grande maggioranza dei casi il giudice è tutt'ora ancorato alla visione conservatrice del diritto e rimane un giudice "culturaliste": «*il cherche toujours même dans le cas où il part formellement de la loi positive, à n'accorder les solutions jurisprudentielles (qu'à) ce qu'il considère à tort ou à raison, comme le droit musulman*»⁽¹⁰²⁾. Il fatto stesso che il legislatore abbia avuto la preoccupazione di presentare, al momento dell'emanazione e successivamente, le riforme ed il CSP nel quadro di una rilettura della *Shari'a*, ha permesso alla giurisprudenza di adottare e mantenere una visione patriarcale e conservatrice della famiglia⁽¹⁰³⁾. Il giudice dunque, con queste finalità, ora interpreta letteralmente la legge, ora interpreta le norme in funzione delle regole della *Shari'a* musulmana, ora le elude in nome di vaghe "eccezioni di ordine pubblico", contribuendo in alcuni casi a ridurre la portata innovativa delle riforme legislative, identificandole con delle semplici applicazioni di "opinioni minoritarie" del diritto musulmano classico⁽¹⁰⁴⁾.

A maggior ragione, in materia di diritti delle donne, il giudice fa raramente riferimento alle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali che sanciscono i principi e stabiliscono le modalità e gli strumenti da attuare per la tutela dei diritti umani in generale, pur ratificate dalla Tunisia, e propone con decisione la supremazia dell'ordinamento interno, qualificando di fatto il diritto internazionale come il "parente povero" del diritto interno⁽¹⁰⁵⁾. La Corte di Cassazione ad esempio, con giurisprudenza costante, scarta sistematicamente l'applicazione delle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani, e quindi di diritti delle donne⁽¹⁰⁶⁾.

Le riforme del CSP del 1993 hanno ulteriormente rafforzato il ruolo del giudice anche nella disciplina delle relazioni familiari, creando la figura del "giudice di famiglia"⁽¹⁰⁷⁾. Il legislatore conta sulla sua "influenza morale" e sul

⁽¹⁰²⁾ Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., p. 201.

⁽¹⁰³⁾ Collectif Maghreb Egalité, *Cento misure e disposizioni. Per una codificazione maghrebina egualitaria dello statuto personale e del diritto di famiglia*, in <http://associazioni.comune.Firenze.it/cooperativadonne/docs/mag1.htm>

⁽¹⁰⁴⁾ H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., p. 280. «*Comme on le constate, l'ordre public a perdu, en Tunisie, sa fonction de mécanisme correcteur de la règle de conflit. Il constitue désormais un critère de rattachement qui assure, aux Tunisiens, la soumission aux droits tunisien et surtout musulman, dans un domaine où le législateur c'est détaché de la religion*» (*Ibidem*, p. 297). Cfr. M. Charfi, "Droits de l'homme, droit musulman et droit tunisien", in *RTD*, 1983, pp. 403-423, alla p. 405.

⁽¹⁰⁵⁾ F. Horchani, *Relazione e dibattito nelle Giornate di studio La Constitution tunisienne et le droit international*, organizzato da l'Association Tunisienne de droit Constitutionnel, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Tunis, 6-7 Avril 2001.

⁽¹⁰⁶⁾ L. Ahmed, *Relazione e dibattito nelle Giornate di studio La Constitution tunisienne et le droit international*, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ S. Bouraoui, "Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques", cit., p. 133.

suo potere coercitivo, attribuendogli un ruolo attivo, inquisitorio, che si allontana dal modello della neutralità di principio del giudice⁽¹⁰⁸⁾.

Constatazioni di questo genere non possono non far sorgere degli interrogativi in merito ai motivi che determinano il tenere questi comportamenti da parte dei giudici, ed in merito quindi alle modalità attraverso le quali l'intera magistratura opera.

Sulle scelte interpretative dei giudici giocano numerosi fattori, come è comprensibile: tra questi mi sembra di dover sottolineare le questioni concernenti la procedura per la nomina dei giudici, la questione della formazione dei giudici e la questione dell'indipendenza degli stessi e della loro libertà da pressioni di vario genere, in particolare di carattere politico.

Nel capitolo IV della Costituzione, intitolato "*Le pouvoir judiciaire*", all'art. 65 è stabilito che: «*L'autorité judiciaire est indépendante; les magistrats ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi*». All'art. 66 è invece stabilito che: «*Les magistrats sont nommés par décret du Président de la République sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature. Les modalités de leur recrutement sont fixées par la loi*». La legge 67-29 del 14 luglio 1967 contiene lo statuto dei magistrati, e dalla semplice sua lettura appare chiaro che non solo la nomina, ma la carriera dei giudici si svolge secondo la volontà del Consiglio superiore della magistratura, che è presieduto dal Presidente della Repubblica: il Consiglio superiore della magistratura infatti forma la lista dei candidati adatti alla nomina, stabilisce le tappe degli avanzamenti di carriera, i licenziamenti, ed i trasferimenti da una sede all'altra, non essendo sancito in alcun testo il principio di inamovibilità dei magistrati.

Appare evidente quindi che sin dall'inizio della propria professione, e cioè solo ai fini di accedere alla professione di giudice, i magistrati sottostanno alle decisioni e sono soggetti alle ingerenze del potere politico, in particolare del Presidente della Repubblica, massima carica dello Stato, con la massima concentrazione dei poteri; ingerenze che poi continuano per tutto il tempo di esercizio della professione⁽¹⁰⁹⁾.

Per quanto riguarda la formazione dei giudici, Slim Laghmani ricorda come questo problema si stia lentamente risolvendo: l'interpretazione fortemente conservatrice soprattutto delle norme in materia di Statuto personale era dovuta sostanzialmente ad una generazione di giudici formati tutti nella fase precedente l'emanazione del CSP, e perciò nella piena tradizione del

⁽¹⁰⁸⁾ S. Bouraoui, "Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques", cit., p. 134.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda in proposito il rapporto realizzato dalla Fédération Internationale des droits de l'homme: *Rapport-Mission Internationale. Tunisie: l'affaire Yahyaoui*, in: <http://www.fidh.org/magmoyen/rapport/2002/tnobs04f.pdf>

diritto musulmano classico di scuola malichita⁽¹¹⁰⁾. Con il succedersi delle generazioni e con le innovazioni del sistema di insegnamento del diritto nelle Università tunisine, si è ora determinata la presenza di nuovi giudici (ma anche di giuristi, in particolare di avvocati) con una formazione successiva all'emanazione del CSP e della Costituzione e con una istruzione adeguata al diritto tunisino moderno e all'ordinamento giuridico internazionale e agli strumenti che lo compongono.

Inoltre, in Tunisia, in linea con la legislazione modernista ed egualitaria, le donne possono accedere alla carica di magistrato: la prima donna magistrato si ebbe nel corso dell'anno 1967-68⁽¹¹¹⁾. L'andamento delle percentuali che riferiscono della presenza delle donne in magistratura dagli anni settanta sino ad oggi, non è regolare: se immediatamente dopo il 1972 il numero delle donne magistrato sembrava aumentare, dal 1991 si è assistito ad una notevole inflessione, alla quale è seguita una leggera ripresa: nel 1994, la percentuale corrispondente alla presenza delle donne in magistratura era pari al 23% del totale dei magistrati; nel 2002 la percentuale è salita al 24,2%⁽¹¹²⁾.

Se quindi la questione della formazione del giudice sembra essersi risolta negli ultimi decenni, il problema legato all'indipendenza della magistratura in Tunisia è una questione molto più delicata e politicamente rilevante. A testimonianza di ciò basti ricordare quanto di recente è accaduto al giudice Moktar Yahyaoui, che nell'estate del 2001 aveva denunciato con una lettera aperta al presidente tunisino lo stato di corruzione della magistratura e la pesantezza delle pressioni che i giudici tunisini ricevono, in particolar modo ad opera della classe politica⁽¹¹³⁾. Le vicende che sono seguite sono drammatiche: il giudice è stato sospeso dal suo incarico ed ha subito serissime

⁽¹¹⁰⁾ S. Laghmani, Relazione alle Giornate di studio *La Constitution tunisienne et le droit international*, cit. Dal 1973, tutti i magistrati hanno una formazione universitaria moderna. Precedentemente, i magistrati dei tribunali secolari tunisini, affiancati ai tribunali religiosi, erano scelti tra i diplomati all'Università coranica della Zitouna e le condizioni per accedere alla carica di giudice erano le seguenti: essere musulmani, di sesso maschile e preparati nelle scienze islamiche. I corsi di studio alla Zitouna sono stati soppressi nel 1960 e nello stesso anno è nata la *Faculté de Droit* di Tunisi. E. Héline, "Les femmes magistrats en Tunisie. Implantation professionnelle et intégration sociale", in *Droit et Cultures*, n. 30, 1995, pp. 91-105, alla p. 97.

⁽¹¹¹⁾ Fino ad allora, le giuriste si erano dedicate solo alla professione dell'avvocatura. La professione di avvocato fu introdotta in Tunisia durante il Protettorato francese, con l'apertura di studi legali ad opera di francesi, nei quali cominciarono progressivamente ad entrare anche giuristi tunisini. E. Héline, *La profession d'avocat en Tunisie (1883-1987)*, Mémoire pour l'obtention du DEA de Science Politique comparative, Aix-en-Provence, 1994.

⁽¹¹²⁾ E. Héline, "Les femmes magistrats en Tunisie. Implantation professionnelle et intégration sociale", cit., p. 98.

⁽¹¹³⁾ È possibile conoscere il testo integrale della lettera del giudice Yahyaoui accedendo al sito internet: <http://fr.groups.yahoo.com/group/TUNISNEWS/message/449>.

minacce per la sua vita e per la sua famiglia⁽¹¹⁴⁾. Nonostante ciò, il giudice Yahyaoui stesso ha dato vita ora, insieme ad altri intellettuali e giuristi tunisini, a il “*Centre pour l’Indépendance de la Magistrature*”, che non è ben visto dal governo tunisino⁽¹¹⁵⁾.

Se un giudice non è libero nell’interpretazione della legge e nella risoluzione dei casi, se subisce pressioni e minacce, appare chiaro come la sua opera diventi anche uno strumento di mantenimento e consolidamento del potere politico: è dunque ovvio il controllo che il potere politico può esercitare attraverso la magistratura in materia di diritti civili e politici (penso ad esempio alle attività di opposizione politica), ma è altrettanto comprensibile che lo stesso tipo di controllo possa essere esercitato in materia di diritti delle donne, per mantenere nella società condizioni e equilibri che giovano alla stabilità del potere di governo.

3. L’esperienza femminista tunisina: il ruolo del diritto tra femminismo di stato e movimenti indipendenti

Il CSP, come è ormai chiaro, ha introdotto dei cambiamenti profondi nel sistema del diritto musulmano classico, che già, a sua volta, aveva modificato significativamente le usanze e le consuetudini della società araba pre-islamica.

Nel periodo pre-islamico, la società araba era organizzata sul modello tribale, che vedeva, al vertice della gerarchia interna, il capo tribù, di seguito gli uomini in grado di portare le armi per la difesa della tribù stessa e per ultimi le donne, i bambini e i disabili. Le donne non avevano personalità giuridica e dunque non godevano di alcun diritto: il capo famiglia aveva sulle donne non sposate diritto di vita e di morte, mentre le donne sposate erano ridotte a forza lavoro, a strumento di piacere e di procreazione⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Da un recente rapporto di *Amnesty International*, si apprende che l’11 dicembre 2002 il giudice Yahyaoui è stato vittima di una violenta aggressione ad opera di poliziotti in borghese, mentre si recava allo studio legale di due avvocati, Saida Akremi e Nouredine Bhiri, entrambe impegnate nella difesa dei diritti umani. Per ulteriori informazioni: <http://click.topica.com/maaalHMOaaUQ23bbmiqbb/>. Il nipote del giudice, Zouhair Yahyaoui, direttore della rivista web *Tunezine*, che pubblica articoli, vignette, rapporti e appelli che esprimono le idee e le preoccupazioni dei partiti e dei movimenti di opposizione al regime di Ben Ali, è stato arrestato senza motivo il 4 giugno 2002. Il 10 luglio 2002 è stato condannato definitivamente a 24 mesi di reclusione. Sul sito internet <http://www.tunezine.com>, è possibile accedere alla raccolta degli articoli pubblicati in Europa che denunciano l’arresto di Zouhair Yahyaoui, e all’appello lanciato da *Amnesty International*.

⁽¹¹⁵⁾ Informazioni sull’attività del Centro si possono trovare nel *Rapport-Mission Internationale. Tunisie: l’affaire Yahyaoui*, della FIDH. In: <http://www.fidh.org/magmoyen/rapport/2002/tnobs04f.pdf>

⁽¹¹⁶⁾ S. Belaid, *Islam et Droit*, Centre de Publications Universitaire, Tunis, 2000, p. 171.

L'Islam proclamò innanzitutto la sacralità della vita per entrambi i sessi e si oppose al sentimento tribale proponendo una forma di solidarietà tra i credenti più forte rispetto al vincolo che lega i membri di una tribù⁽¹¹⁷⁾. La famiglia diventò il solo gruppo, basato sulla consanguineità o sull'affinità, che il diritto musulmano riconoscesse⁽¹¹⁸⁾. Il Corano attribuì alle donne personalità giuridica, concedendo loro diritti e innovando le usanze fino ad allora tramandate: ridusse la possibilità per gli uomini di sposare più donne, introducendo il limite di quattro, attribuì alle donne i diritti di successione, il diritto di continuare a godere della proprietà del proprio patrimonio anche dopo il matrimonio, il diritto di rifiutare una proposta di matrimonio, il diritto di domandare il divorzio⁽¹¹⁹⁾.

In questa prospettiva, il CSP, e quindi l'esperienza tunisina in materia di diritti delle donne, sembrano aver proseguito l'opera intrapresa dal Corano, introducendo ulteriori miglioramenti per la condizione delle donne⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁷⁾ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964 (trad. it. *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondazione Agnelli, Torino, 1995, p. 169).

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*. Mohamed Amin Al-Midani, in proposito, scrive: «[...]nous voulons insister, encore une fois, sur l'importance accordée par l'Islam à la famille. L'abondance des règles de la Shari'a qui traitent de son statut et le respect qui doit dominer entre les relations de ces différents membres, pas seulement époux, parents et enfants, mais aussi grands-parents, oncles, tantes et d'autres proches, témoignent de la grande place de la famille au sein de la communauté musulmane ». (M.A. Al-Midani, *Le regard de l'islam sur la famille*, in <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium>).

⁽¹¹⁹⁾ S. Belaid, *Islam et Droit*, cit., p. 173. Il fatto che molte delle prescrizioni coraniche siano state interpretate ed applicate tramite l'opera dottrinale e giurisprudenziale in modo assai più restrittivo, secondo Sadok Belaid è da imputare ad una serie di fattori, tra i quali, ricordo, il monopolio dell'interpretazione da parte dei componenti delle classi sociali più ricche e più potenti, quindi più conservatrici. *Idem*, cit., p. 211. Nonostante ciò, «queste prescrizioni, all'epoca in cui il Corano fu rivelato (attorno al 632 d.C.), rappresentano la legislazione più 'femminista' del mondo civile» (G. Tillon, *Les Cousins et le Harem*, éd. du Seuil, Paris, 1966, p. 170, citato in L. Gardet, *Les hommes de l'Islam*, Hachette, Paris, 1977, trad. it. *Gli uomini dell'Islam*, Jaca Book, Milano, 2002, p. 84).

⁽¹²⁰⁾ È utile ricordare che, precedentemente all'emanazione del CSP, furono adottate alcune misure che influirono sulla condizione giuridica delle donne. Nel 1941, un decreto *beylical* introdusse un limite all'ammontare della dote -la somma richiesta dalle regole del diritto musulmano per la conclusione del matrimonio- e del "trousseau", il corredo della sposa, e ciò al fine di evitare spese eccessive. Nel 1947, venne presa l'iniziativa di creare una commissione incaricata di elaborare un codice del diritto musulmano riguardante la famiglia, per armonizzare le dottrine di scuola malichita e di scuola hanafita, entrambe aventi valore di legge in Tunisia. Fu proposto un codice di 903 articoli, ognuno dei quali presentato in due versioni, la prima conforme all'interpretazione della scuola malichita, la seconda conforme all'interpretazione della scuola hanafita. Il codice tuttavia non venne mai adottato. Cfr. H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 119-120.

Se volgiamo lo sguardo a quanto è avvenuto in ambito occidentale-europeo, relativamente alla realtà sociale e politica contro la quale si è scagliata la critica femminista, possiamo notare tanto notevoli somiglianze quanto profonde divergenze rispetto all'esperienza tunisina.

Tra le somiglianze, si può certamente riconoscere il ruolo centrale che la famiglia ha ricoperto in entrambe le tradizioni: se nella società arabomusulmana infatti la famiglia rappresenta, come abbiamo visto, un'istituzione fortemente protetta e organizzata attraverso regole specifiche, nella cultura occidentale-europea, la famiglia è stata considerata per secoli la cellula primaria della società, il luogo privilegiato dell'educazione culturale e sociale delle generazioni, ed in quanto tale ha sempre avuto una rilevanza politica, giuridica e religiosa notevolissima⁽¹²¹⁾.

In entrambe le culture, si ripresentano inoltre i temi, legati alle questioni della centralità della famiglia, relativi al predominio maschile all'interno del nucleo familiare e nel rapporto tra i coniugi, con la conseguente dipendenza giuridica ed economica della donna, e alla dicotomia pubblico-privato che ha dato origine all'esclusione femminile dalla sfera della vita pubblica.

Ho già riferito in merito all'impronta "patriarcale" della famiglia arabomusulmana ed alle profonde riforme che, in ambito tunisino, hanno provveduto a modificarne gli aspetti più aberranti⁽¹²²⁾. Basti qui ricordare che anche nella cultura occidentale-europea la "famiglia ingiusta", caratterizzata da una diseguale distribuzione tra i sessi del lavoro, delle responsabilità e dei diritti, in favore del dominio maschile, è stata considerata, e lo è spesso tutt'ora, come inevitabile, e determinata dalla natura degli stessi esseri umani⁽¹²³⁾.

⁽¹²¹⁾ Cfr. S.M. Okin, *Justice, Gender and Family*, Basic Books, New York, 1989, trad. it. *Le donne e la giustizia. La famiglia come problema politico* (con Introduzione di L. Palombella), Dedalo, Bari, 1999. Per una lettura in chiave sociologica della struttura familiare come struttura di potere che consolida il rapporto gerarchico tra i generi, si veda C. Saraceno, "La dipendenza costruita e l'interdipendenza negata. Strutture di genere della cittadinanza", in G. Bonacchi e A. Groppi, *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Bari, 1993, pp. 166-189. Per quanto riguarda le due tradizioni europee (quella continentale, contenuta nei primi codici ottocenteschi, e quella vittoriana) relative alla famiglia e alle modalità dell'intervento giuridico-statale nella sua organizzazione, si veda: V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 1998.

⁽¹²²⁾ Per un ulteriore approfondimento, relativamente alle caratteristiche del diritto di famiglia nella tradizione giuridica classica arabomusulmana ed alle modifiche recenti adottate nei singoli paesi, si vedano anche R. Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Fondazione Agnelli, Torino, 1997 e S. Angioi, "La tutela dei diritti della donna nel mondo islamico", in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, n. 3, 1996, pp. 22-32.

⁽¹²³⁾ S.M. Okin, *Justice, Gender and Family*, cit. (trad. it. pp. 51 e ss). Si ricordi come già il codice napoleonico rafforzava in modo drastico la potestà del marito, stabilendo una condizione della donna caratterizzata dall'incapacità giuridica e politica. Cfr. J. Stuart Mill, *Subjection of Women*, London, Longmans, 1869 (trad.

Ugualmente, la distinzione tra pubblico e privato, e l'esilio delle donne nell'ambito privato, segreto, della famiglia, ha caratterizzato e caratterizza tutt'ora, anche se con modalità differenti, tanto le società arabo-musulmane quanto le società occidentali.

Nelle prime, la distinzione tra un mondo pubblico maschile e un mondo privato femminile, data l'identificazione del mondo della politica con lo spazio pubblico, ha posto le basi per delegare nelle mani degli uomini la gestione del potere (esercitato poi sia nel pubblico che nel privato!), escludendo le donne in nome della divisione sessuale dei ruoli⁽¹²⁴⁾. Nelle seconde, la stessa contrapposizione tra sfera pubblica e sfera privata, ha costretto le donne, *tout-court*, in quanto tali, all'esclusione dalla partecipazione alla vita politica attiva⁽¹²⁵⁾.

È interessante notare comunque come, in questi due ambiti culturali, per far fronte a problemi comuni, si siano adottati percorsi e soluzioni diversi. L'esperienza occidentale (ma mi riferisco in questo caso particolarmente alla vicenda italiana) e l'esperienza arabo-musulmana (in particolare tunisina) differiscono infatti profondamente sia per le tendenze evolutive del diritto, sia per le strategie di lotta adottate dai movimenti femministi.

3.1. *La tendenza evolutiva del diritto tunisino a fronte delle tendenze occidentali*

In termini assolutamente generali, è possibile sostenere che l'evoluzione in senso "modernista" della legislazione tunisina in materia di statuto personale segue una direzione opposta a quella intrapresa dalla legislazione occidentale in materia di diritto di famiglia. Più precisamente, si può notare

it. in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Rizzoli, Milano, 1999); H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 1989; V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, cit.

⁽¹²⁴⁾ S. Ferchiou, "Organisation sociale et participation des femmes à la vie publique en Tunisie", in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1987, pp. 432-449; I. Marzouki, *Femmes d'ordre ou désordre de femmes?*, cit., p. 19; H. Chekir, *Les statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., p. 150.

⁽¹²⁵⁾ «Ora, il privato, in contrapposizione al quale si definisce la dimensione politica è, per le donne, il luogo della mancanza di autonomia» (L. Gianformaggio, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 159). Come è noto, la distinzione pubblico-privato è uno degli aspetti rilevanti della teoria liberale della cittadinanza. Cfr. A. E. Galeotti, "Cittadinanza e differenza di genere. Il problema della doppia lealtà", in G. Bonacchi e A. Groppi, *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, cit., pp. 190-213. Cfr. C.A. Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence", in *Signs*, Summer 1983; T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Il Saggiatore, Milano, 1998; A. Facchi, "Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", cit.; A. Loretoni, "Stato di diritto e differenza di genere", cit., p. 413; C. Mancina, *Oltre il femminismo*, il Mulino, Bologna, 2002.

come la direzione modernista ed emancipatrice scelta dal legislatore tunisino si realizzi mediante l'introduzione di disposizioni di segno opposto a quelle introdotte in ambito occidentale per il medesimo scopo.

Ad esempio, le riforme legislative che hanno modificato la disciplina del diritto di famiglia in Italia, a partire dagli settanta, hanno espresso la tendenza a rendere maggiormente paritari i rapporti tra i coniugi e tra i membri della famiglia (ad esempio con l'abolizione della figura del capo famiglia) ma, soprattutto, a generalizzare «il significato del riconoscimento che il legislatore fa di taluni aspetti dei rapporti di vita extraconiugali fino alla tendenza di collocare sullo stesso piano la famiglia legittimamente costituita e la così detta famiglia naturale, o di fatto»⁽¹²⁶⁾.

Ora in Tunisia le riforme legislative hanno introdotto una maggiore uguaglianza nei diritti e nei doveri tra uomo e donna, ma hanno altresì prodotto una progressiva "istituzionalizzazione" del matrimonio stesso, che era prima libero da qualsiasi formalità, addirittura confondibile con convivenze di fatto.

Anche in materia di regimi patrimoniali si può notare che mentre la legislazione italiana ha attenuato il regime della comunione dei beni introducendo l'istituto della separazione dei beni, nella legislazione tunisina vigeva unicamente quest'ultimo, e solo con l'emanazione del CSP è stata introdotta la possibilità di scegliere un regime matrimoniale diverso da quello della separazione dei beni⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1997, p. 248. La disciplina del diritto di famiglia ha subito numerose e significative modifiche, tanto da risultare del tutto rinnovata rispetto a quella originaria del codice civile del 1942. L'avvento della Costituzione, molte nuove leggi (tra le quali la legge n. 431 del 1967 che ha introdotto l'adozione speciale e la legge n. 898 del 1970 che ha introdotto l'istituto del divorzio) e la c.d. riforma del diritto di famiglia, adottata con la legge n. 151 del 1975, hanno «rivisitato in maniera sistematica quasi tutta la normativa in materia, abbandonando la concezione gerarchica della famiglia ed abolendo le discriminazioni esistenti tra figli legittimi e figli naturali» (T. Auletta, *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 12).

⁽¹²⁷⁾ Il diritto tunisino ignora, conformemente al diritto musulmano classico, la teoria dei regimi matrimoniali. Di conseguenza, è risultata unica soluzione la separazione dei patrimoni. La proposta di introduzione del regime comunitario è stata rigettata per una presunta incompatibilità con il diritto musulmano, in quanto modificherebbe il regime successorio e le relative disposizioni in materia di quote stabilite dal Corano. L'art. 11 del CSP però permette l'inserimento di clausole relative ai beni e alle persone nel contratto di matrimonio, e permette quindi la scelta di un regime diverso da quello della separazione dei beni. L'art. 11 è stato utilizzato con maggior frequenza in seguito alle direttive presidenziali del 1996 che hanno invitato i pubblici ufficiali a spiegare alle giovani coppie le possibilità di scelta. Cfr. K. Meziou, *Jurisclasseur de Droit comparé. Tunisie. Mariage. Filiation*, cit., p. 14. Nel 1998 è stata adottata una legge relativamente alla disciplina del regime della comunione dei beni, allo scopo di evitare condotte fraudolente da parte dei mariti in caso di divorzio o confisca dei beni, in nome della separazione dei beni. Cfr. H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., p. 131.

Parimenti, mentre nella legislazione italiana l'istituto del divorzio è stato introdotto solo di recente, ed a seguito di battaglie ideologiche durissime, nella legislazione tunisina l'ispirazione modernista ha parificato le possibilità di richiesta di divorzio per l'uomo e per la donna, ma soprattutto ha limitato le possibilità di accedervi, regolamentando cioè in senso restrittivo un istituto che da sempre fa parte della tradizione del diritto musulmano e che spesso veniva utilizzato esclusivamente dall'uomo, in modo indiscriminato, senza alcuna tutela per la donna.

L'impressione che se ne ricava è che mentre la legislazione, potremmo dire, "occidentale-europea", tende ad evolversi "allargando" le maglie della disciplina del matrimonio, valorizzando le situazioni di fatto (quindi de-formalizzando l'istituto del matrimonio), permettendo la rottura del vincolo matrimoniale (con il divorzio) e la gestione individuale da parte dei coniugi dei rispettivi patrimoni (con la separazione dei beni), la legislazione tunisina si evolve in senso "restrittivo", regolamentando in termini più rigidi sia le formalità dell'istituto (anche per distinguere eventuali convivenze di fatto che eludano il divieto di poligamia), sia le possibilità di accesso allo strumento del divorzio, sia le condizioni di gestione del patrimonio dei coniugi.

È possibile di conseguenza osservare che, pur esistendo in entrambe le culture modelli e problematiche simili relativamente alla costruzione delle identità maschile e femminile, plasmate sulla distribuzione dei ruoli su base sessuale e sulla distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, i diversi contesti, le diverse vicende storiche, le differenti ispirazioni religiose (quella islamica e quella cristiana) hanno contribuito a differenziare notevolmente le scelte politiche e legislative delle due culture in materia di relazioni familiari.

In epoca moderna, dunque, i legislatori, al fine di modificare in senso modernista i diversi istituti giuridici preesistenti, hanno dovuto operare a loro volta scelte diverse, che ai nostri occhi sembrano seguire direzioni opposte.

Tuttavia, i soggetti "deboli" in entrambe le culture erano, e sono, evidentemente le donne, ed infatti entrambe le politiche legislative hanno intrapreso la strada della emancipazione e della modernizzazione con la volontà di attribuire alle donne quegli stessi diritti e quelle stesse libertà che oggettivamente garantiscono loro un ampio margine di tutela ed autonomia. Si potrebbe cioè affermare che le politiche legislative in ambito arabo-musulmano e in ambito occidentale sembrano rincorrersi, sancendo, in tempi moderni, l'una ciò che già, in epoca passata, permetteva o stabiliva l'altra ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁸⁾ Mi riferisco ad esempio alla possibilità di avere più relazioni legittime, alla possibilità di interrompere il matrimonio, al regime della separazione dei beni presenti nella tradizione giuridica araba e sanciti oggi nelle legislazioni occidentali moderne. Viceversa, il regime della comunione dei beni, la formalizzazione delle procedure per la celebrazione del matrimonio, istituti propri della tradizione giuridica occidentale, vengono recepiti negli ordinamenti giuridici arabo-musulmani.

Parimenti, i percorsi dell'emancipazione femminile sembrano percorrere tappe diverse, se non addirittura opposte: parrebbe infatti che in contesto arabo-musulmano, ed in particolare tunisino, contrariamente a quanto è avvenuto in occidente, il processo di acquisizione dei diritti abbia prodotto in primo luogo l'accesso alla dimensione della cittadinanza, mentre la dimensione di "soggetto autonomo di diritti" sembra ancora non essere riconosciuta⁽¹²⁹⁾.

Interessante è quindi muovere la riflessione sino a comprendere chi siano gli attori del cambiamento, e cioè quali siano i soggetti, in ambito arabo-musulmano piuttosto che in ambito occidentale, in grado di produrre tali trasformazioni dell'ordinamento giuridico. In particolare, in Tunisia, la società appare ancora parzialmente estranea rispetto a quanto ha prodotto la legislazione in termini di cambiamento e di opportunità di accesso alla modernità. La maggioranza delle donne, nella vita quotidiana, sembra ancora fortemente ancorata ai valori ed alle pratiche tradizionali, e non sembra interessarsi al lavoro di sensibilizzazione e di rivendicazione dei movimenti femministi indipendenti.

Se il diritto, dunque, ha svolto in entrambe le culture un ruolo centrale, divenendo lo strumento attraverso il quale le rivendicazioni dell'emancipazione femminile si sono concretizzate in libertà, diritti e garanzie, nell'esperienza occidentale esso sembra aver recepito dei cambiamenti che, nel momento in cui si sono avute le riforme legislative, erano già acquisiti nelle società e negli stili di vita delle donne occidentali⁽¹³⁰⁾.

In Tunisia invece, il diritto sembra aver anticipato d'autorità, attraverso l'ispirazione di Bourghiba e di una ristrettissima *élite* intellettuale, un cambiamento che ancora stenta ad essere accettato intimamente dalle donne e dalla società civile tunisina⁽¹³¹⁾.

3.2. *La retorica femminista di Stato e il deficit democratico*

Ancora più interessante diventa la riflessione sul processo storico-giuridico che ha portato la Tunisia a sancire (unico tra i paesi arabo-musulmani) alcune forme di tutela di diritti delle donne, se si rivolge lo sguardo al

⁽¹²⁹⁾ Cfr. su questo punto M. Modica, "Lo statuto giuridico della donna in Tunisia fra l'eredità laica di Bourghiba e le correnti integraliste", cit., pp. 31-36. Milena Modica sostiene che l'emancipazione delle donne tunisine si sia attuata prima attraverso la via del riconoscimento dei diritti di cittadinanza e solo in seguito attraverso il riconoscimento di una soggettività autonoma e che tale percorso sia inverso rispetto a quello avvenuto in Occidente.

⁽¹³⁰⁾ Si pensi ad esempio al fatto che le riforme legislative che hanno modificato radicalmente la disciplina del diritto di famiglia in Italia sono state precedute, e causate, dalla rivoluzione culturale e sessuale degli anni sessanta e settanta.

⁽¹³¹⁾ Ben Achour, a proposito del ruolo fortemente propulsivo ricoperto dal diritto nell'esperienza tunisina, parla di «*révolution du droit*». Cfr. Y. Ben Achour, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, cit., pp. 203 e ss.

processo sociologico-politico che ha condotto il paese a questi risultati.

L'elemento principale della specificità nella situazione tunisina riguarda il processo di formazione della legislazione di stampo "laico-modernista-femminista".

Come abbiamo visto, se è vero che le donne hanno partecipato alla battaglia per la rivendicazione dei loro diritti, appare altrettanto innegabile che i passi decisivi sono stati compiuti da uomini: i dibattiti sono stati guidati da intellettuali di sesso maschile e le riforme sul piano legislativo, dal CSP stesso alle ultime modifiche di legge, sono state poste in essere dagli uomini al potere: Bourghiba prima, Ben Ali poi.

Il femminismo tunisino appare quindi come un femminismo "octroyé", concesso, dal potere politico e dagli uomini⁽¹³²⁾. Ciò è considerato da molti autori come la ragione principale dello scarto (di notevoli dimensioni) che esiste tra quanto è stabilito dalla legge e quanto viene applicato dai tribunali tunisini e vissuto dalle donne: i diritti acquisiti non sarebbero vissuti profondamente come grandi conquiste, da salvaguardare e difendere. Ugualmente, si ritiene che ciò determini le difficoltà incontrate fino ad ora dai movimenti femministi indipendenti, che non sembrano riscuotere notevoli successi e consensi tra la popolazione⁽¹³³⁾.

Ma è possibile interpretare questi dati anche in modo diverso, dando ad esempio credito a quanto viene proposto dagli intellettuali vicini agli stessi movimenti femministi indipendenti.

⁽¹³²⁾ Si veda in proposito S. Ferchiou, "Femmes tunisiennes entre 'féminisme d'Etat' et résistance", in A. Dore-Audibert et S. Bessis (sous la direction de), *Femmes de Méditerranée. Politique, religion, travail*, Karthala, Paris, 1995, pp. 180-192.

⁽¹³³⁾ Il movimento femminista indipendente tunisino si è sviluppato attorno agli anni '80: è nato da una rottura con il movimento femminista filogovernativo e dalla volontà di rifiutare l'ordine patriarcale della società tunisina. È un movimento molto diversificato al suo interno, ma le diverse correnti sono unificate dalla ricerca della definizione dell'identità femminile, dei luoghi della sua formazione, delle modalità di lotta specifiche per la costruzione di valori nuovi e di soggetti sociali nuovi. Tra le varie componenti di questo movimento è doveroso menzionare in primo luogo il *Club Tahar Haddad de la condition de la femme*, nato nel 1978 ad opera di alcune studentesse universitarie, e l'*Association des Femmes Démocrates*, nata nel 1989, che considera riferimento fondamentale la Convenzione contro tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne, e che tenta di unire più profondamente la coscienza femminista alla domanda di pluralismo politico. Per una più approfondita conoscenza delle diverse fasi dell'organizzazione dei movimenti femministi tunisini e delle attività svolte dai diversi movimenti si vedano, tra gli altri: N. Zoughlami, "Quel féminisme dans les groupes-femmes des années 80 en Tunisie?", in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, pp. 443-453; cfr. M. Paris, "Mouvements des femmes et féminisme au Maghreb à l'horizon 1990", in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1989, pp. 431-441; S. Belhassen, "Femmes tunisiennes islamistes", in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1979, pp. 77-94; I. Marzouki, *Le mouvement des femmes en Tunisie au XXème siècle*, Cérés Productions, Tunis, 1993.

Il femminismo di Stato, che si è incaricato di gestire la questione dell'emancipazione femminile, è rimasto negli anni un femminismo di stampo "maschile". Esso non mira, di conseguenza, alla trasformazione della società, alla ridefinizione delle identità, né mira alla eliminazione radicale delle discriminazioni nei confronti della donna, e quindi delle strutture, degli strumenti, delle concezioni che determinano e sorreggono l'incapsulamento delle donne nei ruoli tradizionali. Piuttosto, il femminismo "maschile" tende a rendere più efficaci i ruoli tradizionali delle donne, salvaguardando in qualche modo la struttura patriarcale della famiglia⁽¹³⁴⁾.

Quindi, nonostante i risultati positivi ottenuti in materia di acquisizione di diritti, questo tipo di emancipazione concessa resta nella propria ispirazione profondamente patriarcale⁽¹³⁵⁾. Un esempio può essere dato dal fatto che, secondo la retorica femminista di stato, il lavoro della donna al di fuori delle mura domestiche è un elemento importante della modernità, ma, allo stesso tempo, dai piani nazionali di sviluppo si evince che il lavoro femminile è concepito come un prolungamento del lavoro femminile domestico⁽¹³⁶⁾.

Il femminismo di Stato sembra infatti voler "statalizzare" il femminismo rendendolo uno strumento "dissuasivo" anziché "rivendicativo"⁽¹³⁷⁾. La stessa pratica di "istituzionalizzare" le associazioni femministe, cioè di creare dall'alto delle istituzioni le associazioni che si occupano di ricerca e di promozione in materia di diritti delle donne, mantenendole direttamente dipendenti dal potere politico, ha provveduto a far perdere loro la dimensione "sovversiva", destabilizzante, che è invece caratteristica principale di qualsiasi movimento teso alla riforma delle concezioni e delle strutture di una società⁽¹³⁸⁾.

Questa omogeneizzazione della rivendicazione femminista di stampo statale, proveniente dagli organi di potere o dalle associazioni dipendenti da esso, ha ottenuto un ulteriore effetto: le rivendicazioni che provengono dai movimenti femministi indipendenti appaiono come voci fuori dal coro ed il

⁽¹³⁴⁾ S. Ferchiou, "Femmes tunisiennes entre 'féminisme d'Etat' et résistance", cit., p. 183.

⁽¹³⁵⁾ A. Ben Aba, "Clore pour éclore, à l'aube du féminisme tunisien", in Z. Ben Säid-Cherni, A. Ben Aba, S. Triki, H. Gribaa, R. Ennaifer, *Tunisiennes en devenir. 2. La moitié entière*, cit., pp. 67-102.

⁽¹³⁶⁾ S. Ferchiou, "Femmes tunisiennes entre 'féminisme d'Etat' et résistance", cit., p. 183.

⁽¹³⁷⁾ I. Marzouki, *Femmes d'ordre ou désordre de femmes?*, cit., p. 11.

⁽¹³⁸⁾ *Idem*, p. 15. Un esempio chiaro di associazione femminista filogovernativa è rappresentato dalla *Union Nationale des Femmes Tunisiennes*, associazione nata subito dopo la conquista dell'Indipendenza con lo scopo di «contribuer à l'épanouissement social de la femme». Creata dallo Stato, nel quadro della politica femminista, questa associazione è sotto la tutela del partito al potere e non ha mai svolto alcuna azione di contestazione nei confronti del governo e della sua politica legislativa. Cfr. S. Ferchiou, "Femmes tunisiennes entre 'féminisme d'Etat' et résistance", cit.

femminismo indipendente viene presentato dalla retorica statale come "marginale", socialmente "elitario" e politicamente "estremista" (139).

La difficoltà di riconoscere ed identificare in Tunisia una società civile attiva, in cui sia possibile individuare anche una partecipazione femminile indipendente e critica (soprattutto nei confronti della strumentalizzazione da parte del potere politico della questione femminile), sembra dipendere in realtà non da una presunta distanza della sensibilità popolare dai principi modernisti che ispirano una politica legislativa progressista ed egualitaria, anche se in alcuni casi ancora ambigua, ma piuttosto da una progressiva deriva anti-democratica del regime tunisino (140).

Infatti le donne tunisine, che hanno ottenuto il riconoscimento dei loro diritti politici già all'indomani della conquista dell'Indipendenza, ricevono un trattamento assolutamente uguale a quello dei loro concittadini di sesso maschile quanto alla possibilità (che è in effetti una impossibilità) di esercitare questi diritti (141). In una società civile governata dal Partito unico del Presidente della Repubblica, che detiene il potere assoluto, uomini e donne si ritrovano "uguali", entrambi privati del diritto di esercitare i propri diritti e le proprie libertà fondamentali, costituzionalmente sanciti (142).

Sono, quindi, proprio l'impossibilità di partecipare alla gestione della "cosa pubblica" e l'impossibilità di accedere liberamente ai mezzi di informazione, ai finanziamenti, ai luoghi pubblici, che impediscono la crescita di un dibattito interno alla società, e quindi di un movimento femminista indipendente, forte, e di grande interesse per le donne tunisine, in grado di esprimersi senza impedimenti, senza il timore di subire repressioni o ritorsioni (143).

(139) *Ibidem*. Sul presunto carattere élitario del femminismo indipendente tunisino si veda ad esempio B. Bchir, *L'enjeu du féminisme indépendant en Tunisie: modèles et pratique*, Cahier du Cérés Série Sociologique, n. 21, Tunis, 1993.

(140) Ilhem Marzouki scrive in proposito: «[...] D'une manière générale, elles se sont accordé pour dire que l'obstacle principal à l'expansion du mouvement des femmes tenait bien plus à un environnement anti-démocratique qu'à une incapacité intrinsèque» (I. Marzouki, *Femmes d'ordre ou désordre de femmes?*, cit., p. 85).

(141) In merito ai diritti politici delle donne in Tunisia si veda H. Chekir, *Le statut des femmes entre le texte et le résistance. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 153 e ss. e S. Ferchiou, "Organisation sociale et participation des femmes à la vie publique en Tunisie", cit., pp. 437 e ss.

(142) A. Ben Aba, "Clore pour éclore, à l'aube du féminisme tunisien", cit., alla p. 73.

(143) Un dibattito libero ed aperto ai diversi contributi, che dia spazio anche al confronto con le *femmes tunisiennes islamistes*, potrebbe già di per sé togliere forza al movimento integralista. «Il est à remarquer que le mouvement islamique au niveau des femmes s'est développé presque uniquement dans des structures modernes (usines, ateliers, bureaux, lycées, universités) leur permettant de disposer de nouveaux lieux de rencontres qui dépassent l'horizon domestique et ouvrent des perspectives. Dans une démocratie occidentale, ce processus aurait peut-être abouti au fait que des femmes

4. Il diritto internazionale come riferimento

È comprensibile come per gli intellettuali tunisini impegnati nella promozione dei diritti delle donne e, congiuntamente, della partecipazione democratica al potere, sia divenuto fondamentale il riferimento al sistema di principi e di norme sancito a livello internazionale, soprattutto a seguito dell'impossibilità di individuare nel potere politico interno un interlocutore efficace ed autentico. Del resto i rapporti tra diritto internazionale e ordinamento interno sono di fondamentale importanza per qualunque Paese aspiri a costruire oggi un ordinamento giuridico interno moderno.

Per quanto riguarda l'applicazione del diritto internazionale e l'influenza dello stesso sul diritto interno tunisino, va sottolineato come le maggiori difficoltà riguardino proprio la normativa internazionale sui diritti umani, ed in particolare sui diritti delle donne, mentre per la normativa internazionale di carattere, ad esempio, commerciale le difficoltà sono molto minori⁽¹⁴⁴⁾. Infatti, l'accordo di associazione stipulato tra Unione Europea e Tunisia, il primo accordo euro-mediterraneo della nuova generazione, che mira alla creazione di una zona di libero scambio e che ha comportato l'inserimento di norme comunitarie nell'ordinamento giuridico tunisino, è stato addirittura applicato prima della sua entrata in vigore⁽¹⁴⁵⁾.

La Tunisia ha ratificato molti degli strumenti posti dalla comunità internazionale a tutela dei diritti umani. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali sono stati ratificati dalla stessa legge nel 1968⁽¹⁴⁶⁾. Sono state inoltre ratificate, tra le altre: nel 1966, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale; nel 1967, la Convenzione sui diritti politici delle donne e la

s'inscrivent à des syndicats, des partis, des ligues ou autres associations. Dans un pays arabe et musulman d'où la démocratie est absente, ce même processus aboutit au seul terme toléré à la fois par la famille, la société et le pouvoir: la religion» (S. Belhassen, "Femmes tunisiennes islamistes", cit., p. 83).

⁽¹⁴⁴⁾ Soukeina Bouraoui, in proposito, sottolinea l'attitudine schizofrenica dei paesi arabo-musulmani nei confronti del diritto internazionale. Cfr. S. Bouraoui, "Les réserves des Etats parties à la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes", in AA.VV., *La non-discrimination à l'égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, CERP-UNESCO, Tunis, 1989, pp. 27-42.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. la legge finanziaria n. 96-113 del 30 dicembre 1996. I. Frikha, *Ordre international, ordre communautaire et Constitution*, relazione alle giornate di studio *La Constitution tunisienne et le Droit International*, cit. La Tunisia, come tutti i paesi dell'area Maghreb, rientra nell'area giuridico-politica del partenariato euro-mediterraneo. L'accordo tra UE e Tunisia è stato firmato il 17 luglio 1995 ed è entrato in vigore il 1 marzo 1998.

⁽¹⁴⁶⁾ Loi n. 68-30 del 28 novembre 1968, *Journal Officiel de la République tunisienne* (d'ora in avanti *JORT*), p. 1260.

Convenzione sul matrimonio che stabilisce l'età minima e sancisce la libertà di matrimonio; nel 1972, la Convenzione sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità; nel 1976, la Convenzione sull'eliminazione e la repressione del crimine dell'apartheid; nel 1985, la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne; nel 1988, la Convenzione contro la tortura e i trattamenti crudeli, inumani e degradanti; nel 1991, la Convenzione sui diritti dell'infanzia⁽¹⁴⁷⁾.

La ratifica di gran parte degli strumenti internazionali non ha tuttavia consentito, in molti casi, la loro applicazione. In effetti, la Costituzione tunisina stabilisce i meccanismi per la ricezione degli strumenti internazionali e determina le competenze per la conclusione dei trattati agli artt. 32 e 33, ma nonostante queste procedure siano semplici, di routine in alcune ipotesi, in materia di diritti umani esse diventano piuttosto degli strumenti preziosi per controllare l'efficacia di quegli atti che produrrebbero degli effetti di "riorganizzazione" dell'ordinamento giuridico interno. Spesso quindi si tenta di limitare la portata innovativa delle convenzioni ratificate, attraverso l'apposizione di riserve, o di posticiparne l'inizio dell'applicazione, rimandando la pubblicazione delle convenzioni stesse⁽¹⁴⁸⁾.

In particolare, lo strumento della pubblicazione degli strumenti internazionali su il *Journal Officiel de la République Tunisienne*, ha suscitato l'interesse della dottrina: infatti, non è detto, visto anche il silenzio della Costituzione in materia, che le convenzioni ratificate siano immediatamente oggetto di pubblicazioni, ed il rimandare la pubblicazione ritarda la possibilità della loro applicazione.

L'art. 48 della Costituzione stabilisce che «*le Président de la République promulgue les traités*» e la dottrina ha affermato che la "promulgazione" dei trattati riguarda esclusivamente le leggi di ratifica, che, come le altre leggi, devono essere pubblicate nel *Journal Officiel de la République Tunisienne*.

La pratica tuttavia mostra che le convenzioni ratificate non sono sempre oggetto di pubblicazione immediata e automatica, ed infatti è possibile individuare tre diversi atteggiamenti. Alcune convenzioni sono oggetto di pubblicazione immediata: è il caso di alcune delle Convenzioni adottate dall'Assemblea delle Nazioni Unite o dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Altre sono oggetto di una pubblicazione tardiva: è il caso in generale degli strumenti internazionali che mirano a porre in essere condizioni concrete per la tutela dei diritti umani. Altre convenzioni non sono mai state

⁽¹⁴⁷⁾ H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 62 e ss.; cfr. S. Bouraoui, "Les réserves des Etats parties à la Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes", cit., pp. 28 e ss.

⁽¹⁴⁸⁾ H. Chekir, *Universalité et spécificité autour des droits des femmes en Tunisie*, in [http:// dex1.tsd.unifi.it/juragentium](http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium).

pubblicate: è il caso delle convenzioni riguardanti lo statuto dei rifugiati, la lotta alla discriminazione nell'insegnamento, il diritto umanitario e la protezione delle donne in tempo di guerra⁽¹⁴⁹⁾.

La non pubblicazione delle convenzioni, come è intuibile, potrà essere utilizzata come espediente dal giudice che non vorrà basarsi su quanto in esse sancito, e che preferirà applicare il diritto interno, anche se questo è in contraddizione con la normativa internazionale⁽¹⁵⁰⁾.

4.1. *La Convenzione contro tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne*

Nel caso della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 si sono utilizzati entrambi gli strumenti sopraindicati, sia per limitarne l'effetto, sia per rimandarne l'applicazione.

Nel 1984, venne creata in Tunisia una commissione apposita, denominata *Commission nationale d'évaluation de la décennie de la femme*, presso il *Ministère de la famille et de la promotion de la femme*, con il compito di assistere il ministero nell'organizzazione e nel coordinamento di tutte le attività in occasione della fine del "decennio per la donna" delle Nazioni Unite, di esaminare un progetto per la formulazione di una dichiarazione e di tre riserve alla suddetta Convenzione, e di confrontare il contenuto della stessa con le norme del diritto interno⁽¹⁵¹⁾.

La Convenzione è stata poi ratificata nel 1985 con la legge 85-68 del 12 luglio, ma la sua pubblicazione ha avuto luogo solo nel 1991, grazie al decreto n. 91-1821 del 25 novembre 1991, che contiene anche le dichiarazioni e le riserve alla convenzione⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 69-70. Per porre rimedio alla pratica di dilazionare la pubblicazione delle convenzioni, nel 1988 è stata adottata una circolare, elaborata dal Primo Ministro, per precisare la procedura da seguire per la presentazione dei progetti di ratifica dei trattati e delle convenzioni e dei progetti dei decreti relativi alla loro pubblicazione. Secondo questa circolare, i progetti devono essere presentati al Primo Ministro entro un mese dalla ratifica del trattato. Non sembra, in tutti i casi, che essa abbia prodotto effetti particolarmente significativi.

⁽¹⁵⁰⁾ S. Bouraoui, "La constante inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et Conventions internationales. Quelques réflexions sur la loi", in *RTD*, 1983, pp. 425-441.

⁽¹⁵¹⁾ H. Chekir, "Les réserves présentées par la Tunisie", in AA.VV., *La non-discrimination à l'égard des femmes entre la Convention de Copenhague et le discours identitaire*, cit., pp. 43-54.

⁽¹⁵²⁾ Legge di ratifica: *JORT*, n. 54, 12-16 juillet 1985, p. 919; Decreto della pubblicazione: *JORT*, n. 85, 13 décembre 1991, p. 1961.

Le riserve sono tanto specifiche quanto generali⁽¹⁵³⁾. Le riserve specifiche concernono tre articoli della convenzione.

La prima riserva riguarda l'articolo 9, al paragrafo 2, poiché sembra confliggere con le disposizioni dell'art. 6 del codice della nazionalità tunisino⁽¹⁵⁴⁾.

La seconda riserva riguarda l'articolo 16, al paragrafo 1, lettere c, d, f, poiché sembrano in contrasto con alcune norme del CSP. Nei confronti delle lettere g e h della stessa disposizione, la Tunisia ha formulato una dichiarazione, secondo la quale quanto stabilito in esse non deve essere d'ostacolo alle disposizioni del CSP in materia di acquisizione di beni per via successoria⁽¹⁵⁵⁾.

La terza riserva riguarda l'articolo 29, al paragrafo 1: in base a quanto sancito dal paragrafo 2 dello stesso articolo, il governo tunisino non si considera legato a quanto stabilito dal paragrafo 1, che prevede che tutte le dispute tra stati in merito all'interpretazione e all'applicazione della convenzione, che non vengano risolte per via di negoziazione, siano sottoposte al giudizio della Corte Internazionale di Giustizia, su istanza di una delle parti⁽¹⁵⁶⁾.

Le riserve così formulate permettono di mantenere inalterata la disciplina dei diritti delle donne contenuta nella legislazione tunisina⁽¹⁵⁷⁾.

Inoltre, la Tunisia ha presentato una "*Déclaration générale*", avente funzione di riserva generale. La Repubblica si riserva in questo modo di non adottare alcun atto legislativo o amministrativo in applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione se queste ultime si rivelassero in conflitto con quanto stabilito dall'art. 1 della Costituzione tunisina⁽¹⁵⁸⁾.

Visto quanto già è stato rilevato a proposito dell'art. 1 della Costituzione, delle sue funzioni di mantenimento e consolidamento dell'identità tunisina,

⁽¹⁵³⁾ È necessario sottolineare che molti tra i paesi arabo-musulmani che hanno ratificato la Convenzione hanno apposto delle riserve, seppur di contenuto diverso. Si veda in proposito J. Connors, "The Women's Convention in the Muslim World", in M. Yamani (edited by), *Feminism and Islam, Legal and Literary Perspectives*, cit. pp. 351-371.

⁽¹⁵⁴⁾ La riserva formulata nei confronti dell' art. 9 verte sul riconoscimento dei diritti delle donne relativamente alla possibilità di determinare la nazionalità dei figli.

⁽¹⁵⁵⁾ La riserva formulata nei confronti dell'art. 16 della Convenzione produce una disparità tra uomo e donna nel godimento dei diritti in materia di matrimonio e divorzio, rapporto con i figli, tutela cura custodia e adozione, scelta del nome di famiglia e della professione, gestione godimento acquisizione e amministrazione dei beni.

⁽¹⁵⁶⁾ Secondo la Tunisia, il ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia deve essere subordinato al consenso di tutti gli Stati parti in causa.

⁽¹⁵⁷⁾ H. Chekir, "La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes", in *RTD*, 1989, pp. 70-83, alla p. 80.

⁽¹⁵⁸⁾ H. Chekir, *Universalité et spécificité autour des droits des femmes en Tunisie*, cit., p. 5.

così come intesa dalle autorità governative, è sufficiente sottolineare che una riserva generale, oltre ad essere strumento sconosciuto al diritto internazionale, rappresenta un grave intralcio all'attuazione e al rispetto degli obblighi stabiliti dalla Convenzione del 1979.

4.2. *Universalità e specificità: gli equivoci di un dibattito*

In margine alle questioni tecnico-giuridiche riguardanti l'applicabilità del diritto internazionale in Tunisia, è importante evidenziare come il diritto internazionale in materia di diritti delle donne, e in generale di diritti umani, sia divenuto per le giuriste e per i giuristi militanti tunisini un riferimento necessario per l'affermazione e la tutela dei diritti delle donne e dei cittadini⁽¹⁵⁹⁾.

Non a caso, infatti, il contributo di molte intellettuali giuriste interessa il dibattito attorno all'universalità dei diritti umani e alle specificità culturali: nel momento in cui numerosi intellettuali occidentali intendono "decostruire" la categoria dell'universalità della persona umana a fronte della rivendicazione delle specificità culturali, queste intellettuali rovesciano l'impostazione "occidentale" del confronto tra universalisti e relativisti.

Le giuriste militanti tunisine infatti rivendicano con forza il carattere "universale" dei diritti umani, del principio di uguaglianza, del principio della libertà di coscienza: la caratteristica dell'universalità viene ricondotta all'universalità della persona umana, mentre l'approccio "occidentale" ai diritti umani viene ridotto ad una mera circostanza, che non può limitare l'applicazione o il godimento di tali diritti⁽¹⁶⁰⁾. I patrimoni culturali non vengono interpretati come oggetti di proprietà privata, né tanto meno come prodotti di esclusivi processi interni alle singole culture: al contrario essi vengono concepiti come il risultato di fertili contaminazioni tra tradizioni diverse, di arricchenti confronti e incroci che producono delle "accumulazioni di civiltà"⁽¹⁶¹⁾.

L'universalità della persona umana e il principio universale di non discriminazione nei confronti delle donne diventano in questo modo gli strumenti per fondare le rivendicazioni nei confronti del proprio ordinamento giuridico

⁽¹⁵⁹⁾ «*Cette référence, essentielle, a, entre autres mérites, celui de pointer, non seulement les insuffisances des droits internes, mais encore le double langage des gouvernements*» (Z. Daoud, "En marge de la Conférence mondiale des femmes de Pékin. La stratégie des féministes maghrébines", in *Monde arabe Maghreb-Machrek*, n. 150, 1995, pp. 105-118, alla p. 109).

⁽¹⁶⁰⁾ H. Chekir, *Le statut des femmes entre les textes et les résistances. Le cas de la Tunisie*, cit., pp. 95 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. S. Triki, "Au-delà de la rupture. Féminisme et politique", in Z. Ben Säid-Cherni, A. Ben Aba, S. Triki, H. Gribaa, R. Ennaifer, *Tunisiennes en devenir. 2. La moitié entière*, cit., pp. 103-136.

interno e per richiamare il proprio governo al rispetto degli impegni presi e degli obblighi contratti in sede internazionale⁽¹⁶²⁾.

La lotta per l'uguaglianza viene vissuta da queste intellettuali come una possibilità per l'accesso delle donne alla "cittadinanza", l'unica dimensione che può mediare le relazioni tra Stato e individuo in epoca moderna; ed una cittadinanza "effettiva" si può fondare solo sul rispetto dei diritti delle donne sia nella vita pubblica che in quella privata⁽¹⁶³⁾.

In questa prospettiva, l'appello all'universalità dei diritti si affianca senza difficoltà alla rivendicazione della propria identità culturale, che tuttavia non si focalizza sul mantenimento di alcune norme in materia di statuto personale, ma si allarga invece ad altre più complesse componenti⁽¹⁶⁴⁾.

Difendere la propria appartenenza culturale significa infatti altresì rivendicare a livello internazionale la propria autonomia nella gestione delle risorse economiche esistenti sul proprio territorio; significa gestire da pari le relazioni a livello internazionale, partecipare ai vari tavoli delle trattative con lo stesso potere contrattuale; significa limitare le ingerenze delle potenze straniere occidentali nella gestione degli affari interni⁽¹⁶⁵⁾.

Allo stesso modo, il riferimento all'universalità «non consacra in alcun modo il monopolio occidentale sui diritti della persona umana e l'accento deve essere messo sulla diversità e la molteplicità delle fonti di pensiero che, attraverso vari millenni e nei diversi continenti, hanno convenuto sull'emergere di un consenso interculturale, come cultura dei diritti umani, fondata sul rispetto della persona umana e della sua dignità, così come sul rifiuto di ogni discriminazione»⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶²⁾ In questo ambito è di fondamentale importanza e di grande efficacia, sia per la capacità di sollevare l'interesse dell'opinione pubblica, sia per la produzione di documenti "indipendenti", il lavoro delle Organizzazioni Non Governative (ONG) e delle Reti che queste ONG sono state in grado di creare tra loro. Nel Maghreb, due importanti reti di ONG che si occupano della promozione dei diritti delle donne sono il *Collectif Maghreb Egalité* e *Aisha*.

⁽¹⁶³⁾ *Collectif Maghreb Egalité, Cento misure e disposizioni. Per una codificazione maghrebina egualitaria dello statuto personale e del diritto di famiglia*, cit., p. 4.

⁽¹⁶⁴⁾ *Idem*, p. 95.

⁽¹⁶⁵⁾ In riferimento alle conseguenze per le donne dell'ingerenza delle potenze straniere, e dell'utilizzo che quest'ultime fanno del diritto internazionale, Fatima Mernissi scrive: «Il destino di una donna è già precario in una società araba che vive in pace. Ma è un destino che vacilla in una società araba messa a ferro e fuoco dalle forze straniere. Che orribile prospettiva questo destino di donna, in una società araba messa a ferro e fuoco in nome del diritto internazionale e con la legittimazione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite!» (F. Mernissi, *Islam and Democracy. Fear of the Modern World*, Addison-Wesley Publishing Co., New York, 1992, trad. it. *Islam e democrazia. La paura della modernità*, Giunti, Firenze, 2002, p. 23).

⁽¹⁶⁶⁾ *Collectif Maghreb Egalité, Cento misure e disposizioni. Per una codificazione maghrebina egualitaria dello statuto personale e del diritto di famiglia*, cit., p. 95. Le tesi sostenute da queste intellettuali trovano eco nei dibattiti occidentali in materia di

5. Conclusioni

Riferendosi all'esperienza tunisina, è possibile in definitiva affermare che, nonostante la portata rivoluzionaria delle modifiche introdotte dalle disposizioni del CSP al sistema di diritto musulmano classico in materia di diritti delle donne, la vicenda del femminismo tunisino resta profondamente condizionata dalla "confisca" della questione femminile ad opera dello Stato.

Come è stato più volte sottolineato, il paradosso che si viene a creare, per il quale a fronte di una legislazione modernista e laica, la popolazione femminile resta profondamente ancorata agli stili di vita proposti dalla tradizione religiosa e popolare, è interpretabile come prodotto della volontà politica di mantenere nelle proprie mani il controllo sia sul dibattito in materia di emancipazione femminile, sia sulle rivendicazioni di stampo femminista.

universalità dei diritti, ad esempio nelle elaborazioni dei giuristi occidentali impegnati per la tutela dei diritti delle donne. Tra questi giuristi, alcuni sostengono che la stessa logica "multiculturalista", che prevede la tutela dell'identità culturale attraverso la tutela dei "gruppi" culturali e l'attribuzione di diritti collettivi, sia una prospettiva estremamente negativa per le donne, che rappresentano storicamente e "transculturalmente" i soggetti più deboli e più sottoposti a discriminazioni e a trattamenti crudeli "culturalmente" costitutivi di un'identità. A titolo esemplificativo, nel dibattito italiano, Luigi Ferrajoli, trattando dell'universalità dei diritti umani, e criticando duramente le posizioni della teoria relativista, scrive: «sono infatti gli individui, e non le culture, i soggetti deboli tutelati dai diritti fondamentali, che strutturalmente sono sempre individuali e non collettivi. E sarebbe, esso sì, un segno perverso di eurocentrismo non già affermarli, ma negarli in danno di quanti hanno la ventura di appartenere a popoli che non hanno compiuto il nostro stesso percorso storico e 'vincolarli', come scrive Vitale, "ad uno specifico (oltre che presumibilmente irripetibile) contesto di civilizzazione"» (L. Ferrajoli, "I fondamenti dei diritti fondamentali", in *Teoria Politica*, n. 3, 2000, pp. 87-90, alla p. 89). Nel dibattito internazionale, Susan Moller Okin, ad esempio, denuncia la tendenza a trattare i gruppi culturali come monolitici ed a prestare più attenzione alle differenze tra i gruppi che non a quelle entro i gruppi: le opinioni minoritarie, o semplicemente in opposizione a chi detiene il potere in quel determinato gruppo (come spesso avviene per le donne, che raramente detengono il potere) diventano posizioni, scelte, teorie "non autenticamente rappresentative" le specificità culturali. Cfr. S. M. Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women*, in <http://bostonreview.mit.edu/BR22.5/okin.html>. Anche per Martha Nussbaum il relativismo culturale è pericolosamente vicino ad una convergenza con le posizioni razziste e sessiste di numerose tradizioni locali e legittima come unici rappresentanti autentici delle diverse culture guide religiose, intellettuali, politici di sesso maschile. M.C. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2000. Inoltre il relativismo culturale tende ad eliminare il fattore della apertura strutturale di ogni cultura al dialogo con le altre civiltà, mentre è semplice acquisizione empirica che le culture e le civiltà da sempre si contaminano vicendevolmente, che gli individui stessi (oggi più che mai) siano "mettici", incroci di tradizioni e appartenenze diverse, e che le scoperte umane circolino, adattandosi ai diversi contesti culturali, trasformandosi nel corso della storia per dare vita a loro volta a nuove soluzioni.

Pare quindi corretto ipotizzare che lo svilupparsi di un femminismo "reale", pensato, immaginato, vissuto dalle donne, di qualsiasi estrazione sociale o appartenenza politica esse siano, sia bloccato dall'assenza di un dibattito democratico "reale", proibito da un regime che controlla politicamente e militarmente ogni settore della vita pubblica e privata⁽¹⁶⁷⁾.

Del resto, come è noto, il pensiero femminista, la rivendicazione femminista si sviluppano solo tramite il dibattito democratico, che permette alle donne di emergere e di proporsi come voci indipendenti ed autonomamente rappresentative dei propri interessi e diritti, tanto più che l'approccio femminista è profondamente sovversivo, poiché sconvolge le fondamenta dei rapporti sociali riformulando i rapporti tra uomo e donna⁽¹⁶⁸⁾.

Bloccare la rivendicazione dei diritti delle donne, o pretendere di regolarla e disciplinarla secondo le proprie esigenze di potere, può divenire così un ottimo strumento nelle mani di un regime per ridurre sensibilmente la spinta "alla democratizzazione" del potere politico. Infatti, un'immagine delle donne (e della società nel suo complesso) che le presenta come una massa popolare disinteressata all'emancipazione e alla modernità e fedele alle pratiche ed ai valori tradizionali, a fronte di un'élite intellettuale "occidentalizzata", fornisce l'alibi al potere politico per mantenere in piedi regimi semidittatoriali in grado di bloccare il dibattito democratico, con il pretesto di arrestare sul nascere ogni eventuale deriva integralista. Può essere questa quindi un'ulteriore spiegazione del perché tutti i regimi dittatoriali nei paesi arabo-musulmani affiancano alla negazione del principio della partecipazione democratica all'esercizio del potere la negazione del principio dell'uguaglianza tra uomini e donne⁽¹⁶⁹⁾.

(167) L'impossibilità di discutere liberamente impedisce inoltre di trattare temi importantissimi legati in diverso modo alla questione femminile. Il fenomeno della prostituzione ad esempio, secondo la versione ufficiale proposta dalle autorità, sembra essere inesistente sul territorio tunisino, contrariamente a quanto affermano le ONG tunisine e internazionali. Anche le riflessioni che investono le tematiche relative alla prostituzione riferendosi ad epoche passate, come l'epoca precedente la colonizzazione, sono rarissime. «*La prostitution tunisienne féminine dans la société tunisienne pré coloniale fait partie à notre avis de l'histoire refoulée dans l'oubli collectif. Un oubli habilement organisé et assumé par l'ensemble des agents actifs qui agissent dans la formation de la mémoire collective*» (D. e A. Largueche, *Marginales en terre d'Islam*, Cérès Production, Tunis, 1992, p. 13).

(168) S. Triki, "Au de là de la rupture. Féminisme et politique", cit., p. 116. Cfr. N. Jrad, *Mémoire de l'oubli*, Cérès Editions, Tunis, 1996, p. 186.

(169) Non ci si riferisce più quindi esclusivamente alla situazione tunisina, poiché questa riflessione vale sia per i paesi dell'area Maghreb-Machrek, ma anche per i paesi del Medio oriente e del Sud-est asiatico. Si veda in proposito quanto scrive Fatima Mernissi, secondo la quale la potenzialità sovversiva attuale delle donne arabo-musulmane dei ceti borghesi, cominciando ora ad avvicinarsi in massa

Il legame che si viene a creare tra il dibattito in materia di diritti delle donne e il dibattito in materia di democrazia, si realizza, a detta delle stesse giuriste militanti, poiché la lotta specifica per i diritti delle donne si articola nella lotta generale per la democrazia. Il richiamo costante delle intellettuali indipendenti tunisine alla “società civile” rappresenta dunque un chiaro invito a focalizzare l’attenzione sulla necessità di lasciare spazio al dibattito democratico e al confronto nella società civile. La “democrazia laica” diventa il “quadro di riflessione e d’azione” privilegiato, ed è considerata come una opzione moderna e progressista, in grado di consolidare e sviluppare le conquiste dell’emancipazione femminile, permettendo con più forza la manifestazione del proprio dissenso e contribuendo a ridurre il potere di costrizione delle tradizioni e delle pratiche imposte⁽¹⁷⁰⁾.

Diversamente, sul versante occidentale, raramente si mettono in relazione le rivendicazioni femministe e la rivendicazione democratica che provengono dalle società civili dei paesi arabo-musulmani: questi due tipi di rivendicazione (quella delle donne e quella per la democrazia), non sono percepiti come collegati, ma anzi, per la paura di cadere nelle vecchie categorie dell’etnocentrismo, si è portati a negare che non solo i diritti umani, e quindi i diritti delle donne, ma anche la democrazia, lo stato di diritto, la costituzione, in quanto invenzioni occidentali, possano essere teorizzati, utilizzati, realizzati, in altri ambiti culturali. Ugualmente, qualsiasi intellettuale di cultura arabo-musulmana, nel momento in cui si azzarda a utilizzare concetti come democrazia, stato di diritto, laicità, viene identificato come un “occidentalizzato”, un “contaminato” dalle ideologie occidentali. Questi non è più considerato come “autenticamente rappresentativo” della propria società, mentre si affermano come fedeli portavoce le frange più integraliste.

Da un lato quindi, noi fatichiamo a riconoscere come interlocutori autentici gli intellettuali arabo-musulmani che chiamano a gran voce la democrazia per il proprio paese, che rivendicano l’uguale dignità e l’uguale diritto di uomini e donne a vivere liberi dalle oppressioni e dalle ingiustizie.

Dall’altro, le nostre potenze economico-militari, per la paura di perdere il controllo politico delle aree necessarie al nostro sviluppo e al nostro pro-

all’istruzione ed al mondo del lavoro, è tra le principali preoccupazioni di tutti i regimi in carica in quei paesi. «La donna che crea così tanto scompiglio non è quella che si accontenta di essere iscritta nel registro di famiglia, che permette a suo marito di votare per lei; piuttosto è quella che ha ottenuto legittimo accesso all’università e, dall’alto del suo nuovo *minbar* (pulpito della moschea) accademico predica, scrive, insegna e protesta. È lei il bersaglio dei fondamentalisti, dal più principesco al più popolare» (F. Mernissi, *Islam and Democracy. Fear of the Modern World*, cit., trad. it. p. 186).

⁽¹⁷⁰⁾ N. Jrad, *Mémoire de l’oubli*, cit., p. 180.

gresso, concorrono ad impedire lo svolgimento di un dibattito politico interno a quei paesi ⁽¹⁷¹⁾.

In questo modo, il mondo intellettuale occidentale si affianca idealmente ai regimi arabo-musulmani che negano, in nome della tutela delle specificità culturali e contemporaneamente della lotta all'integralismo, la possibilità alle proprie società civili di scegliere, autonomamente dalla volontà del potere economico e politico, la costruzione del proprio futuro.

ABSTRACT

The analysis of the tunisian experience from the point of view of woman rights allows, on one and, to understand some aspects of the processes of women emancipation in the contemporary arab-muslim world (particularly in Maghreb) and, on the other and, to underline the peculiar characteristics of this feminist experience with respect to other arab-muslim countries. The peculiarities of the Tunisian experience include: the issuing of the Code of Personal Statute (1956) which allowed the formalization of a feminist discourse, until then only theorized by authoritative exponents of the reformist movement; the progressive institutionalization of the feminist discourse which becomes framed into the government rhetoric (this occurs by the institution of government agencies aimed to maintain a kind of feminism that reflects the government rhetoric and monopolizes the debate on women rights); the confrontation which opposes women associations linked to the government politics to those independent, strongly rooted to the principle of universality of human rights and to the system of international law.

L'analisi dell'esperienza tunisina in materia di diritti delle donne permette, da un lato, di comprendere alcuni aspetti dei processi dell'emancipazione femminile nel mondo arabo-musulmano attuale (in particolare nel Maghreb) e, dall'altro, di sottolinearne i caratteri peculiari nei confronti dell'esperienza femminista degli altri paesi arabo-musulmani. Le peculiarità dell'esperienza tunisina comprendono: l'emanazione del Codice dello Statuto Personale (1956), che ha permesso di formalizzare un "discorso femminista", fino ad allora solamente teorizzato ad opera di autorevoli

⁽¹⁷¹⁾ I regimi in carica nei paesi arabo-musulmani sono spesso figli delle lotte per l'indipendenza dalle potenze coloniali, composti da *élites* autoctone, ma che hanno provveduto all'estero (cioè in Europa o negli Stati Uniti) alla propria formazione. È innegabile, con documenti alla mano (rapporti di ONG, trattati internazionali, libri di storia), il fatto che queste *élites* siano strettamente legate agli interessi occidentali, e che, se non sono direttamente il prodotto di ingerenze delle potenze occidentali (culturali no, ma economiche si!) negli affari politici interni di questi paesi, vi sono comunque compiacenti. Le vicende di Irak, Iran, Afghanistan, i legami tra CIA, aziende petrolifere ed *élites* locali sono storia nota. Si veda, per tutti: A. Rashid, *Taliban, Islam, Oil and the New Great Game in Central Asia*, I.B. Tauris, London, 2000, trad. it. *Talebani, Islam, petrolio e il Grande scontro in Asia centrale*, Feltrinelli, Milano, 2002.

esponenti del movimento riformista; la progressiva “istituzionalizzazione” del discorso femminista che diviene un discorso di impronta statale, supportato dalla istituzione di apparati governativi funzionali al mantenimento della “retorica femminista di Stato”, che tende a monopolizzare il dibattito in materia di diritti delle donne; il confronto che oppone le associazioni femministe espressione della politica governativa ai movimenti femministi indipendenti, che manifestano un forte attaccamento al principio di universalità dei diritti umani ed al sistema delle norme di diritto internazionale poste a tutela degli stessi.

ENRICO MAESTRI

TEORIA DELLE ISTITUZIONI, FORME DELL'AGIRE ISTITUZIONALE ED IDEOLOGIA TECNOCRATICA (*)

1. – *Istituzionalismo giuridico e metodo positivistico* – Le riflessioni, che formano il contenuto di queste pagine, sono state suscitate dalla lettura del libro di Francesco Belvisi, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky* (Bologna, 2000), che rappresenta il punto di raffronto e il filtro attraverso i quali ricostruire la teoria istituzionalistica di Schelsky ed approfondire alcuni nodi teorici che caratterizzano e differenziano l'istituzionalismo giuridico dall'istituzionalismo sociologico.

Senza dubbio, il volume di Belvisi rappresenta un considerevole contributo alla conoscenza di un aspetto particolare, il meno noto, del pensiero sociologico di Helmut Schelsky: la ricostruzione della teoria sociologica delle istituzioni elaborata dal sociologo tedesco.

Si tratta sicuramente di una scelta opportuna e razionale perchè colma una lacuna presente nella letteratura sociologico-giuridica, la quale non ha trattato in profondità le teorie sociologiche delle istituzioni. Tali, infatti, non possono considerarsi né le teorie istituzionalistiche classiche di Santi Romano e di Hauriou né quelle neo-istituzionalistiche di MacCormick e di Weinberger, perché sono teorie giuridiche (e non sociologiche) delle istituzioni, che o integrano la prospettiva giuspositivistica o procedono a revisioni interne.

Secondo la *vulgata* dominante, l'istituzionalismo giuridico si inserisce tra le correnti di pensiero che hanno dato vita al movimento di "rivolta contro il formalismo", in realtà è possibile sostenere che questa corrente, sia nella versione classica rappresentata da Hauriou e da Santi Romano sia in

(*) Comunicazione presentata nell'ambito del I° Seminario nazionale di studi, organizzato dal Coordinamento di Sociologia del diritto per il settore scientifico-disciplinare "IUS 20", svoltosi a Ferrara, presso la Facoltà di Giurisprudenza, il 25 e 26 ottobre 2001.

quella contemporanea rappresentata da Weinberger e da MacCormick, integra e completa, aggiungendosi alla variante normativistica, il positivismo giuridico.

I tre elementi comuni che caratterizzano l'istituzionalismo giuridico, vale a dire la socialità, l'ordinamentarietà e la pluralità furono elaborati dai giuristi dell'istituzionalismo classico per dimostrare, contro il formalismo normativista, la correlazione tra diritto e società, l'identificazione tra diritto ed organizzazione e il pluralismo degli ordinamenti giuridici (contro il dogma della statualità del diritto). I suddetti elementi però non provocarono una rottura epistemologica con il positivismo giuridico, perchè i giuristi-istituzionalisti postularono che l'istituzione o produce diritto positivo (è il caso di Hauriou) o è essa stessa diritto vigente (è la posizione di Santi Romano).

Ciò fa dire che sia la teoria dualistica di Hauriou sia la teoria monistica di Santi Romano, pur essendosi presentate come una riconfigurazione del positivismo giuridico, mantengono comunque un "nocciolo normativistico" e si sviluppano nel solco della tradizione positivista della dogmatica giuridica. Pur assumendo al proprio interno elementi d'analisi sociologica (pluralità di soggetti, organizzazione, potere politico), le due teorie classiche dell'istituzionalismo non sfociano in una sociologia delle istituzioni (come di solito si afferma), ma in una compiuta teoria del diritto positivo.

La causa principale di questo esito, per molti versi paradossale poiché finisce per svuotare il significato storico-sociale del fattore istituzionale, è dovuta al fatto che per i giuristi-istituzionalisti non si può pensare all'istituzione come una realtà meramente sociale e pregiuridica, come "unità solidale"⁽¹⁾ su cui fondare i gruppi sociali.

La teoria di Maurice Hauriou, al di là della oscurità metafisica da cui è pervasa⁽²⁾, distingue due tipi di istituzioni: le istituzioni-gruppo, intese come unità collettive (sindacati, fondazioni, associazioni) a cui Hauriou dà il nome di comunioni, e le istituzioni-cose, intese come forme di socialità interpersonali e la cui exteriorizzazione è manifestata dalla norma giuridica (contratti, transazioni, crediti, proprietà).

Per Hauriou, però, non tutte le organizzazioni sociali sono istituzioni; queste ultime sono tali solo se hanno forma costituzionale e rappresentativa, cioè se realizzano "su scala sia pure minima una sorta di stato di diritto"⁽³⁾ e se esprimono i principi della *rule of law*.

Contro l'oggettivismo sociologico di Duguit e di Durkheim, che consideravano la regola di diritto "come un prodotto dell'ambiente, come una regola

(1) T. PARSONS, *La struttura dell'azione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 844.

(2) Sul punto cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 182.

(3) M. LA TORRE, *Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico*, in G. ZANETTI (a cura), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1999, p. 3.

accettata come obbligatoria dalla massa delle coscienze" (4), Hauriou elabora una teoria, che "resta sul terreno della scienza giuridica, ed in particolare di quella del diritto pubblico" (5) e che ha lo scopo di "dimostrare che la fondazione delle istituzioni ha carattere giuridico e che le istituzioni sono sostanzialmente il centro e la fonte della giuridicità" (6).

Ma la mancanza di un'accurata analisi microsociologica dei gruppi sociali (7) e la continua oscillazione tra un relativismo funzionale ed un dogmatismo tradizionalista non ha permesso ad Hauriou di approfondire sociologicamente il suo concetto di istituzione e quindi di rispondere, implicitamente, alla domanda decisiva che Fassò ha formulato in questi termini: "da quando e fino a quando un gruppo sociale costituisca un'istituzione e sia perciò centro di giuridicità" (8).

Come la teoria di Hauriou, peraltro venata di oscurantismi metafisici (il concetto di idea-guida, di istituzione come "une sorte de chose"), si risolveva in un tentativo di costruire un sistema di diritto pubblico (9), così la teoria di Santi Romano, apertamente antinormativistica, pur partendo da un concetto di istituzione di manifesta origine sociologica, approdava, contraddittoriamente alle sue premesse epistemologiche, ad un esito tutto interno alla tradizione giuspositivistica (10).

Il principio elaborato da Santi Romano, secondo cui "diritto è istituzione" (parallelamente a quello kelseniano secondo cui "diritto è norma") non spiega come mai la "giuridicità" sia presupposta o acquisita a priori da ciascun gruppo sociale, compreso lo stato, considerato "l'istituzione delle istituzioni" (11).

(4) R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 1996, p. 124.

(5) G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 257. L'opera di Fassò è stata riedita, a cura di C. Faralli, nel 2001 dalla Laterza. Le citazioni che seguono si riferiscono all'edizione del 1970.

(6) M. HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 6-12.

(7) G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Etas/Kompass, Milano, 1967, p. 127.

(8) G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento*, op. cit., p. 257.

(9) Cfr. V. FROSINI, *Morfologia delle istituzioni. Diritto, politica e società*, in "Sociologia del diritto", 1995, p. 138.

(10) Contrariamente a quanto qui sostenuto, si veda La Torre, secondo il quale la teoria di Santi Romano "sconfina nel campo sociologico"; cfr. M. LA TORRE, *Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico*, in G. ZANETTI (a cura), *Filosofi del diritto contemporanei*, op. cit., p. 3.

(11) Tarello osserva che "la famosa equazione: «ordinamento giuridico = istituzione» viene introdotta, parrebbe, solo per trovare un nome più conveniente e meno associato all'idea delle norme e del sistema di norme, ma serve anche, contro le apparenze superficiali, a compiere una operazione di formalismo giuridico, perché consente al Romano una dichiarazione parallela a quella che altrove faceva il formalista Kelsen"; cfr. G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 186.

La dottrina di Santi Romano tendeva dunque a svuotare in astratta giuridicità la sostanza storico-sociale delle istituzioni, non riuscendo (*rectius*, non volendo, perché temeva di essere accusato di sociologismo dagli altri giuristi) ad ampliare l'ambito dell'istituzione fino a comprendere anche elementi non giuridico-normativistici⁽¹²⁾.

Postulando che il diritto è in ogni istituzione ed affermando che l'istituzione deve essere effettiva, concreta ed oggettiva nel mondo giuridico, Santi Romano si esponeva alle critiche successive di Fassò, il quale acutamente osservava che la teoria romaniana "cadeva nello stesso circolo vizioso in cui si era perduto l'Hauriou, dichiarando in sostanza che l'istituzione è giuridica quando è giuridica"⁽¹³⁾.

Questa deriva, meramente giuspositivistica della teoria di Santi Romano, veniva colta anche da Bobbio, il quale imputava alla teoria istituzionale il torto di "essersi presentata in polemica contro la teoria normativa, cioè come teoria destinata a soppiantare la teoria precedente, mentre ... essa ne è l'integrazione e quindi la continuazione"⁽¹⁴⁾, ma le riconosceva il merito di aver messo in rilievo "che si può parlare di diritto soltanto dove ci sia un complesso di norme formanti un ordinamento, e che pertanto il diritto non è norma, ma insieme coordinato di norme, in definitiva che una norma giuridica non si trova mai sola, ma è legata ad altre norme con le quali forma un sistema normativo"⁽¹⁵⁾.

L'esito, per così dire quasi-normativistico, della teoria istituzionale di Santi Romano ha avuto però ben più gravi conseguenze sul piano epistemologico. Una teoria istituzionale, se così viene configurata, porta alla negazio-

⁽¹²⁾ Come giustamente nota La Torre, "l'istituzione per Romano non è riducibile a un corpo di norme, ma d'altro lato non può darsi senza queste"; cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 131.

⁽¹³⁾ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento*, op. cit., p. 348.

⁽¹⁴⁾ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 5.

⁽¹⁵⁾ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 22. Contro questa ricostruzione del pensiero di Santi Romano si rimanda alle osservazioni di Palombella, secondo il quale "il diritto è non insieme di regole, ma una pratica istituzionale, come in sostanza fa Romano"; cfr. G. PALOMBELLA, *L'istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1990, p. 378; di La Torre, il quale afferma che, mentre Kelsen concepisce l'ordinamento giuridico come somma di norme, "Romano ha una visione per così dire olistica dell'ordinamento, e fonda questo su una specie di necessità materiale"; cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 129; di Meneghelli a parere del quale, a differenza della prospettiva normativista dove l'ordinamento viene definito come un sistema di norme coercitive, in quella istituzionalista "l'ordinamento viene definito come una società organizzata sotto un sistema effettivo di potere e mediante un sistema di norme"; cfr. R. MENEGHELLI, *Validità giuridica nel normativismo e nell'istituzionalismo*, in "Diritto e società", 1991, p. 7.

ne di se stessa, in quanto diviene, come scrive Bobbio, integrazione e continuazione di una teoria, che alla base dell'esperienza giuridica non pone la realtà storico-sociale dell'istituzione, bensì la realtà ideale di norme e sistemi di norme che si qualificano proprio perché non trovano riscontro nel campo della natura, dell'essere e quindi della stessa realtà storico-sociale⁽¹⁶⁾.

Ciò dimostra come Santi Romano abbia assunto una visione ordinamentale del diritto propria della prospettiva positivistica in cui viene posto "l'accento sulla chiusura-dati di un ordinamento, identificato ed esaurito nelle sue espressioni presenti ed attuali"⁽¹⁷⁾.

Disancorare l'istituzione dalla propria realtà storico-sociale significa anche disinnescare la funzione di stabilità sociale ad essa sottesa, a meno che non si supponga che la stabilizzazione istituzionale sia assicurata non attraverso l'interiorizzazione di modelli di comportamento, bensì attraverso il carattere coercitivo-sanzionatorio, artificiale, azionato dal diritto. Se, infatti, si assume un concetto di istituzione *à la Romano* inteso cioè come un "sistema di diritto obiettivo"⁽¹⁸⁾, la conseguenza che ne deriva è l'incapacità di individuare, prescindendo dal metodo positivistico, l'essenza stessa delle istituzioni quali "elementi della durata che assicurano la stabilizzazione dei principi di senso della vita individuale e collettiva"⁽¹⁹⁾.

L'identificazione ontologica tra ordinamento giuridico, istituzione e diritto annulla la possibilità di considerare l'istituzione come uno dei fattori storico-sociali su cui poggia l'ordinamento giuridico⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ D'altronde, è lo stesso Santi Romano, difendendosi dall'accusa di fare del sociologismo, a compiere un'opera di saldatura tra la sua teoria e quella di Kelsen, laddove scrive che del diritto si può dare una definizione giuridica "se non risolvendo il fenomeno giuridico nel fenomeno sociale-istituzionale e questo nel fenomeno giuridico, cioè identificando l'uno con l'altro, il che non è un circolo vizioso, una tautologia o una petizione di principio, ma la dimostrazione della perfetta autonomia del concetto di diritto e della sua suscettibilità di rinchiudersi e concludersi interamente in se stesso... Per la mia concezione non si potrà dire che sia l'ordinamento che generi l'istituzione o il diritto che generi l'ordinamento. Ognuno di questi concetti diventa in certo senso il genitore e il generato, rispettivamente all'altro... *istituzione e norma nascono uno actu e sono in rapporto di continua implicazione: l'istituzione è tale in quanto pone norme e la norma trae dall'istituzione la sua forza*", (corsivi miei); cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977, p. 42.

⁽¹⁷⁾ G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, pp. 230-231. Sul metodo giuspositivistico, rivendicato da Santi Romano, cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., pp. 119-121.

⁽¹⁸⁾ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 121.

⁽¹⁹⁾ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 103.

⁽²⁰⁾ Osserva Scarpelli che Romano rifiuta di essere qualificato come sociologo, ma al contempo dimostra di essere un teorico conservatore proprio perché "costruendo un concetto che sembra legare intimamente il diritto al fatto sociale,

Se in Santi Romano l'uso giuridico del concetto di istituzione, da iniziali posizioni antinormativistiche, si risolse in una integrazione del metodo giuspositivistico⁽²¹⁾, anche nella riproposizione della *Institutional Theory* ad opera di Neil MacCormick e Ota Weinberger, la capacità euristica del concetto di istituzione viene ricostruita all'interno di un'ottica normativistica, "almeno nel senso che è fondata sulla priorità delle norme"⁽²²⁾.

Il concetto di diritto-istituzione, elaborato dagli esponenti della teoria neoistituzionalistica del diritto⁽²³⁾, muove dalla premessa ontologica dell'esistenza, nel fenomeno giuridico-normativo, dei fatti istituzionali.

Secondo il "positivismo giuridico istituzionalistico" (questa è la definizione che Weinberger adotta per la sua teoria), il diritto non si situa nella categoria dei fatti bruti ma dei fatti istituzionali, che sono tali in quanto dipendono "dalla interpretazione di atti ed eventi del mondo fisico compiuta sulla base di regole relative alla configurazione ed alla durata di specifici esempi di una situazione giuridica"⁽²⁴⁾. In sintesi, l'esistenza delle istituzioni rende possibili fatti altrimenti impossibili: i fatti istituzionali, appunto.

Qui però, ai fini della nostra analisi, interessa sapere che Weinberger e MacCormick (al di là delle differenze che contraddistinguono le rispettive teorie) difendono un "istituzionalismo normativistico", nel senso che "le istituzioni possiedono un nucleo che ha il carattere delle informazioni pratiche, ovvero delle norme"⁽²⁵⁾ e che "le istituzioni ed i loro particolari casi esistono nel contesto di norme o regole che rendono significative, giustificano, legittimano, regolano, autorizzano, condotte in contesti sociali"⁽²⁶⁾.

Ma asserire, come fanno i neoistituzionalisti, che le istituzioni sono la fonte di validità delle norme e nello stesso tempo che senza norme non esistono istituzioni, non giova "a chiarire in cosa il concetto di istituzione si

recupera questo concetto in una conclusa sfera del giuridico evitando di impegnarsi, con lo strumentario della sociologia del diritto e più in generale delle scienze sociali, nella ricerca scientifica circa le relazioni fra il diritto stesso e le altre strutture sociali, sui modi in cui il diritto soddisfa e protegge valori, bisogni, interessi con sacrificio di altri valori, bisogni, interessi"; cfr. U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 329-330.

⁽²¹⁾ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 133.

⁽²²⁾ Cfr. G. PALOMBELLA, *L'istituzione del diritto. Una prospettiva di ricerca*, op. cit., p. 375.

⁽²³⁾ Cfr. N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁽²⁴⁾ C. PENNISI, *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 8.

⁽²⁵⁾ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 138.

⁽²⁶⁾ C. PENNISI, *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, op. cit., p. 11.

differenzi da quello di norme”⁽²⁷⁾ e fa cadere anche la teoria neoistituzionalistica nello stesso circolo vizioso in cui incorse la teoria di Santi Romano.

2. – *Istituzionalismo sociologico e teoria schelskyana* – Nella prospettiva sociologica, le istituzioni costituiscono indubbiamente un tema centrale e dibattuto, dato che il termine “istituzione” si presenta nella letteratura scientifica contemporanea con una pluralità di significati⁽²⁸⁾.

Per la parte che qui interessa, il concetto di istituzione indica, in senso generale, quell'insieme stabile di valori, norme, status, ruoli ed aspettative che si sviluppano intorno ad un bisogno fondamentale di una determinata società e che contribuiscono a garantire la società stessa⁽²⁹⁾.

Le istituzioni costituiscono insomma “il cemento della società”⁽³⁰⁾. Mentre, dunque, l'interprete-giurista ricostruisce il concetto di istituzione concentrandosi “sulle interrelazioni sistematiche tra i diversi elementi che compongono un corpus di leggi”⁽³¹⁾, l'interprete-sociologo adotta un concetto di istituzione che designa “un particolare rapporto tra modelli normativi e corsi d'azione”⁽³²⁾, che non esclude dal proprio orizzonte cognitivo il fatto che le istituzioni siano intese come espressione di orientamenti conformi ai valori ultimi della comunità.

In questo senso, per Parsons, pur privilegiando egli la dimensione latamente normativa insita nelle istituzioni, anziché quella regolativa (North) o cognitiva (Gehlen), le istituzioni rappresentano “fenomeni morali”

⁽²⁷⁾ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, op. cit., p. 139.

⁽²⁸⁾ Proprio la circostanza che il termine “istituzione” abbia una natura così fortemente polisemica induce Cassese a sostenere che il termine sia divenuto inservibile perché la varietà di significati “rende scarsamente utile la nozione nel linguaggio scientifico”; cfr. S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, in “Politica del diritto”, 1979, pp. 53-62.

⁽²⁹⁾ Per una approfondita analisi della storia semantica e teorica dell'espressione “istituzione” e delle varianti sociologiche dei modelli istituzionalisti, si rimanda, a mero titolo esemplificativo, a L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, TEA, Torino, 1990, pp. 387-390; P. L. BERGER, T. LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1969; O. DE LEONARDIS, *Il terzo escluso. Le istituzioni come risorse e come vincoli*, Feltrinelli, Milano, 1990; V. OLGATI, *Institution*, in A. J. ARNAUD et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGJD, Paris, 1988, pp. 192-194.

⁽³⁰⁾ Cfr. J. ELSTER, *Il cemento della società*, Il Mulino, Bologna, 1995. Per un'utile sintesi del concetto di istituzionalità in senso sociologico, cfr. V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 201-202.

⁽³¹⁾ T. PARSONS, *Prolegomeni a una teoria delle istituzioni sociali*, Armando Editore, Roma, 1995, p. 61.

⁽³²⁾ C. PENNISI, *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, op. cit., p. 50.

in senso stretto⁽³³⁾, incarnano un dover essere, in quanto “l’aspetto istituzionale dei comportamenti e delle relazioni sociali sta appunto nell’essere connessi a norme interiorizzate che sanciscono ciò che è appropriato o legittimo in un determinato contesto sociale”⁽³⁴⁾.

Le istituzioni sono dunque una rete di norme sociali, di valori, di credenze, di identità comuni, di tradizioni e di routine di comportamento che forma un insieme e un complesso, non omogeneo, di elementi cognitivi, normativi e materiali che danno un significato di senso alle pratiche di un gruppo sociale.

Nel linguaggio sociologico, pertanto, si parla di istituzioni intendendo con tale termine i modelli di comportamento caratterizzati da una continuità di comportamenti regolari attraverso il cui svolgimento diacronico si attua un processo di crescente consolidamento delle regolarità sociali.

L’istituzione in senso sociologico finisce così per inglobare sia il concetto di istituzione inteso come apparato d’interesse pubblico (scuole, tribunali, ecc.) in uso nel linguaggio comune sia il concetto di istituzione inteso come sistema di norme in uso nel linguaggio dogmatico-giuridico.

Le istituzioni sono dunque “costruzioni sociali, anzi costrutti dell’intelligenza sociale, quale si è concretizzata in “opere pubbliche” nel corso del tempo. Come dote di una società le istituzioni rientrano nella più ampia classe dei beni comuni”⁽³⁵⁾.

Alla luce di questi cenni, l’opportunità euristica di distinguere tra istituzionalismo giuridico ed istituzionalismo sociologico ci permette di fissare l’attenzione sul *focus* del pensiero sociologico schelskyano, vale a dire sulla teoria sociologica delle istituzioni, sulle funzioni sociali del diritto e sul rapporto tra diritto ed istituzioni.

Queste prospettive tematiche sono state affrontate analiticamente da F. Belvisi nella sua opera, già citata in apertura di questo scritto, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, che ha il merito di farci conoscere il pensiero del sociologo tedesco, fondatore, insieme ad Arnold Gehlen, di una corrente sociologica sviluppatasi in Germania e nota con il termine di “istituzionalismo”⁽³⁶⁾.

Prima di approfondire i caratteri generali del pensiero sociologico schel-

⁽³³⁾ T. PARSONS, *Prolegomeni a una teoria delle istituzioni sociali*, op. cit., p. 54.

⁽³⁴⁾ G. F. LANZARA, *Istituzioni*, in W. OUTHWAITE, T. BOTTOMORE (a cura), *Dizionario delle scienze sociali*, Il Saggiatore, Milano, 1997, p. 361.

⁽³⁵⁾ C. DONOLO, *L’intelligenza delle istituzioni*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 226; il quale efficacemente osserva (p. 227): “nell’esperienza sociale le istituzioni ci si presentano sotto molte forme: come canalizzazioni, come pretese, come logiche d’azione, come dati materiali del contesto, come orizzonti di senso dell’azione, come progetti impliciti che qualcuno ha voluto per noi, come virtualità attivabili, come protesi che ci scaricano (Gehlen) da fatiche e compiti eccessivi, come *mind* e intelligenza artificiale, che in parte replica, in parte potenza, in parte soggioga l’intelligenza sociale e naturale dell’attore”.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. JONAS, *Storia della sociologia*, Laterza, Roma-Bari, 1975, p. 604.

skyano, anche alla luce del recente contributo offerto da Belvisi, occorre accennare al modo in cui quest'ultimo affronta la spinosa questione della definibilità della nozione di istituzione.

La soluzione a cui egli giunge a tal proposito è di tipo critico-scettico. Secondo Belvisi è, infatti, inutile affannarsi a dare una definizione analitica di istituzione, essendo questo un termine ambiguo, poiché "l'uso linguistico del termine istituzione implica un'idea e dei criteri d'ordine" (37). Le stesse definizioni di istituzione "non sono neutrali rispetto al loro riferimento, ma lo rendono normativo mentre lo descrivono" (38).

Inoltre, prosegue lo studioso, il concetto di istituzione contiene in sé "un elemento etico... che consiste nella considerazione che chi agisce per *praxis*, secondo le istituzioni, agisce correttamente" (39).

In definitiva, i tentativi da più parti compiuti per rendere intelligibile il concetto sociologico di istituzione si sono verificati inutili, in quanto non si sono saputi risolvere "i problemi dell'origine, stabilizzazione, modificazione e legittimazione delle istituzioni" (40).

Tale posizione di scetticismo sulla reale possibilità di una ricostruzione etimologica ed analitica del concetto sociologico di istituzione è, a nostro avviso, criticabile per due ordini di motivi.

Innanzitutto, essa non tiene conto dei risultati conseguiti negli anni '70 (contemporanei anche ai contributi offerti da Schelsky) dalla rielaborazione e dalla ridefinizione del concetto di istituzione nei diversi ambiti scientifici: nell'ambito dell'economia (Buchanan), del diritto (Posner, MacCormick, Weinberger), della psicologia (Kahneman), della sociologia (Giddens), della scienza politica (March, Olsen, M. Douglas), della teoria sociologica dell'organizzazione (Scott, Powell) (41).

In particolare, pensiamo all'alto livello analitico raggiunto dalla teoria delle organizzazioni, secondo la quale, riprendendo le parole di Pennisi, "le istituzioni consistono di strutture cognitive, normative e regolative ed attività che forniscono stabilità e significato al comportamento sociale; esse sono incorporate in vari veicoli, cultura, strutture e routine, ed operano a molteplici livelli di giurisdizione. Sono sistemi che incorporano insieme simbolici costituiti da costruzioni cognitive e norme, e processi regolativi sostenuti e strutturanti, a loro volta, il comportamento sociale" (42).

(37) F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, Clueb, Bologna, 2000, p. 254.

(38) Ivi, p. 4.

(39) Ivi, pp. 5-6.

(40) Ivi, p. 13.

(41) Una approfondita analisi di questi approcci si trova in C. PENNISI, *Istituzioni e cultura giuridica. I procedimenti come strutture di comunicazione*, op. cit.

(42) Ivi, p. 55; che la ricava dall'analisi di W. R. SCOTT, *Le organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 1994.

Questo, che è solo un esempio, e tutti gli altri contributi offerti dagli scienziati sociali negli anni '70 avrebbero potuto fungere benissimo da banco di prova per verificare la tenuta e la capacità euristica del concetto di istituzione elaborato da Schelsky.

Invece, la posizione scettica non permette forse a Belvisi di fare questa operazione di contestualizzazione dell'istituzionalismo schelskyano e, quindi, di sottoporre efficacemente a critica comparativa la definizione elaborata da Schelsky.

Secondariamente, la stessa posizione scettica avrebbe dovuto indurre Belvisi a non dare a sua volta una definizione di istituzione, invece, partendo da quella che egli chiama "la catena semantica" che collega l'istituzione alla consuetudine ed alla tradizione, definisce l'istituzione come "la forma organizzata della tradizione e conserva l'aspetto procedurale e legittimativo dell'agire tradizionale, ma per lo più nella veste meramente esteriore"⁽⁴³⁾. Ora, a noi sembra che una simile definizione, anche se ha il merito di allargare il campo istituzionale all'aspetto organizzativo (peraltro da molti fortemente discusso e tenuto distinto dall'istituzione), non sia in grado di superare quelli che Belvisi stesso chiama "i luoghi comuni", in cui sarebbero incorsi coloro che già avevano tentato di definire analiticamente l'istituzione. In definitiva, la critica che Belvisi rivolge agli studiosi delle istituzioni appare valere anche per lui.

A parte questi cenni critici, la spiegazione del significato e del compito della sociologia per Schelsky, cioè la questione di che cosa egli intendesse effettivamente per sociologia è il presupposto conoscitivo per comprendere la concezione di fondo della sua teoria delle istituzioni.

È bene dire fin da subito che, a nostro parere, il concetto di sociologia e l'individuazione dei fini ad essa spettanti, a cui approda il pensatore tedesco, sconcertano e disarmano il lettore.

Secondo Schelsky, la sociologia è "filosofia di orientamento del dato della realtà sociale"⁽⁴⁴⁾. Come rileva esattamente Belvisi, la sociologia concepita da Schelsky finisce per essere una disciplina normativa che "fornisce all'individuo rappresentazioni d'ordine e motivazioni per l'agire"⁽⁴⁵⁾. La sociologia di Schelsky è, infatti, formata da tre componenti: la ricerca empirica, la filosofia sociale, la teoria trascendentale della società. Spiega Belvisi che secondo Schelsky "le prime due componenti danno una conoscenza scientifica dell'esperienza individuale, mentre la terza riflette sugli elementi che carat-

⁽⁴³⁾ F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, op. cit., p. 11.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. H. SCHELKY, *Ortsbestimmung der deutschen Soziologie*, Diederich, Dusseldorf, 1959, pp. 93-109.

⁽⁴⁵⁾ F. BELVISI, *Helmut Schelsky e la sociologia come storiografia del presente*, in M. G. LOSANO, *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 1997, p. 238.

terizzano l'individuo" (46). Il concetto di trascendentale, ripreso da Kant, servirebbe a dimostrare la dimensione filosofica della sociologia e finirebbe per coincidere con la "libertà dell'uomo dalla società".

L'esito di tutto ciò è la concezione, propugnata da Schelsky, di una sociologia profondamente antisociologica, e non è un caso che il prezzo pagato, per questa voluta confusione tra analisi sociale e mondo dei valori a cui egli anelava, è stato quello di esplicitare fino in fondo la sua svolta antisociologica maturata durante gli anni '70 (47). Ciò gli farà affermare di essere un antisociologo, perché la sociologia è divenuta o forse è sempre stata nient'altro che pura ideologia, senza alcuna capacità di spiegare scientificamente l'agire sociale, e paleserà non solo il rinnegamento di se stesso come sociologo, ma anche il disvelamento di quanto fossero false le sue premesse.

A questo punto del discorso, vale per Schelsky quello che più volte ha avuto modo di affermare il sociologo Alain Touraine in altri contesti: chi vuol fare politica faccia il politico e non il sociologo a mezzo servizio. Touraine chiarisce affermando che "il sociologo non è situato di fronte ad una realtà sociale che dovrebbe semplicemente descrivere" (48), ma la sua lettura diventa sicuramente ideologica qualora commetta il tragico errore di far coincidere l'attore e l'analista.

Considerare la sociologia, come fa Schelsky e come evidenzia Belvisi, una "scienza etica", una "teoria trascendentale della società", una "dottrina morale indiretta" avente il compito di interpretare il bisogno della società moderna "di una ideologia di fondo neutrale... che dia all'individuo il senso di un orientamento globale" (49), significa confondere consapevolmente metodo ed ideologia, significa mortificare l'analisi sociale subordinandola al piano dei fini, dei valori, dell'orientamento dell'azione sociale.

Tale orientamento rappresenta per Schelsky il dovere morale della sociologia, la propria funzione d'ordine, che è quella di integrazione e legittimazione sociale, di "controllo della realtà" (50).

Belvisi, opportunamente, segnala più volte che dietro la teoria sociologica schelskyana si cela in realtà una filosofia politica, una "teoria schierata, in quanto possiede una valenza etica, (che) fornisce l'ideologia neutrale alla legittimazione dello Stato, orienta l'agire individuale verso ciò che è possibile fare e la soggettività verso gli ambiti della vita che non confliggono con la sfera politica" (51).

(46) Ivi, p. 78.

(47) Cfr. P. P. PORTINARO, *Sociologia del diritto e dottrina dell'istituzione. A proposito di un libro di Helmut Schelsky*, in "Sociologia del diritto", 1982, p. 139.

(48) A. TOURAINE, *Per la sociologia*, Einaudi, Torino, 1978, p.78.

(49) H. SCHELSKY, *Ortsbestimmung der deutschen Soziologie*, op. cit., p. 23.

(50) F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, op. cit., p. 91.

(51) Ivi, p. 111.

Quello che interessava a Schelsky, esaltatore dei ceti medi, della *kleine Leute*, era di costruire una sociologia come strumento di integrazione sociale, un modello sociale di tipo etico che garantisse certezze esistenziali e paradigmi di comportamento stabili.

Nessuno meglio di Touraine ha dimostrato come questo modo di fare analisi sociale sia lontano da una conoscenza sociologica: “la sociologia è sempre stata tentata dal ruolo di integrazione sociale e culturale proprio delle classi medie. Se la società è divisa, lacerata dagli interessi, dai conflitti e dalle crisi, la missione del sociologo dovrebbe essere allora quella di ritrovare lo spirito che la anima, di ridarle unità, di mostrarle che essa ha principi e idee, sentimenti e costumi. È possibile scoprire l’oggetto della sociologia solo dopo che il sociologo ha rinunciato completamente a un ruolo di questo tipo”⁽⁵²⁾.

Se il valore da salvaguardare è la “libertà dell’uomo dalla società”, il modello teorico, deputato a saldare la forbice aperta tra la libertà individuale da un lato e l’ordine sociale necessitato dall’altro, diviene, per un sociologo di ispirazione integrazionista ed organicista come Schelsky, la teoria sociologica delle istituzioni.

Tale teoria è considerata da Schelsky come la via più corretta, rispetto a quella individualistica e a quella puramente sistemica, per superare il falso problema del rapporto tra l’agire individuale e la cornice strutturale-istituzionale.

Proprio perché individuo e società sono, secondo Schelsky, “un tutto unico in evoluzione” e un “intreccio sociale”, la teoria sociologica delle istituzioni rappresenta il quadro categoriale di riferimento, essendo la sola che consente di chiarire “il sociale mediante l’individuo” e, se concepita come teoria dell’agire sociale dell’individuo, di inquadrare “la relazione funzionale individuo/società come un processo circolare in cui soggetto e oggetto esistono solo come funzioni reciproche”⁽⁵³⁾.

Dunque, il versante individualista-istituzionalista garantirebbe d’incanto, secondo Schelsky, la salvezza sia del sistema motivazionale individuale basato sulla libertà e l’autonomia dell’individuo agente sia del sistema istituzionale inteso come sistema d’ordine oggettivato che dirige il comportamento sociale.

La via mediana scelta da Schelsky, situata tra l’approccio di tipo istituzionalista e quello di tipo individualista, avrebbe lo scopo di salvaguardare una duplice esigenza ideologica: da un lato, si vuole garantire che l’autonomia individuale, in senso liberale, non venga troppo compressa all’interno di sfere istituzionali, che da un punto di vista storico-contingente potrebbero giocare un ruolo troppo asfissiante (si pensi alla struttura dello Stato sociale, vera *bestia nera* per tutti i sociologi conservatori tedeschi); dall’altro lato, si

⁽⁵²⁾ A. TOURAINE, *Per la sociologia*, op. cit., p. 19.

⁽⁵³⁾ F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, op. cit., p. 121.

vuole garantire che le sfere istituzionali, per mezzo della loro funzione di esonero o scaricamento (Gehlen), di attenuazione (Rehbinder) e di riduzione della complessità (Luhmann) dei rapporti sociali, abbiano il controllo di quei comportamenti individuali che possono sembrare "selvaggi" (si pensi, come esempio storico, alle contestazioni giovanili).

Come giustamente nota Belvisi, questa elaborazione teorica pecca, inoltre, di una grave ingenuità epistemologica, perché pretendere di salvaguardare l'approccio personalista, mantenendolo interno al sistema delle istituzioni, significa implicitamente affermare che "l'individuo non agisce seguendo le proprie motivazioni (idee, stimoli, fini), ma quelle fornite ed imposte dalle istituzioni" (54).

Cade così l'abile mascheratura con la quale Schelsky aveva tentato, attraverso l'argomentazione kantiana, di salvaguardarsi dalle secche metodologiche imposte dall'approccio sistemico e dall'approccio istituzionalista classico, di origine funzionalista.

Nonostante questo tentativo di proporre, come acutamente osserva Carbonnier, "un fonctionnalisme de la personne" (55) e non del sistema, si può dire che Schelsky sia da annoverare, almeno fino alla sua svolta anti-sociologica, tra i sociologi sistemici e che la sua concezione istituzionalista presenti un'impostazione marcatamente antropologico-funzionalista.

È, infatti, indubitabile che il punto di partenza, da cui si dipana la teoria sociologica delle istituzioni di Schelsky, deve essere ravvisato nell'istituzionalismo di impronta filosofico-antropologica di A. Gehlen e nella antropologia funzionale e culturale elaborata da B. Malinowski.

In accordo con Gehlen, Schelsky afferma che le istituzioni sono strutture sociali stabilizzanti, "formazioni sociali" che conferiscono durata ed ordine alla società.

Esse svolgono una funzione generale di esonero rispetto al modo di condurre e motivare l'agire.

L'uomo, secondo la concezione elaborata da Gehlen, rappresenta in natura un essere difettoso, manchevole, incompiuto: *Mängelwesen*. L'essere umano, non possedendo un originario ambiente od habitat (*Umwelt*) specifico, risulta essere il meno adatto a vivere nella propria situazione biologica, alla quale però riesce a sopravvivere grazie all'esistenza culturale, grazie all'utilizzo di un mondo, quello culturale appunto, che egli si costruisce per compiersi e che viene a rappresentare la sua seconda natura.

L'importanza delle istituzioni consiste nella funzione di esonerare l'uomo dalle necessità e dagli affetti. Scrive, infatti, Gehlen in *Urmensch und Spätkultur*: "La funzione, che è un tratto essenziale di tutte le istituzioni, di esonero dalla motivazione soggettiva e dalla continua scelta improvvisata

(54) Ivi, p. 204.

(55) J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1978, p. 142.

delle risoluzioni per cui propendere di volta in volta, è una delle caratteristiche più straordinarie della cultura, in quanto questa stabilizzazione penetra sin dentro il cuore delle nostre posizioni spirituali”⁽⁵⁶⁾.

Le istituzioni per Schelsky rappresenterebbero, a differenza di Gehlen, anche una sintesi funzionale di bisogni biologici primari e di bisogni culturali derivati, che verrebbero mediati da saperi tecnici, neutrali a discapito della politica di impronta ideologica⁽⁵⁷⁾.

In questo contesto, il diritto “svolge la funzione di stabilizzare le istituzioni sociali”⁽⁵⁸⁾.

Questa funzione antropologica del diritto nelle istituzioni finisce tuttavia per stravolgere le premesse della teoria istituzionalista: se al diritto viene assegnato il compito “di produrre l’ambito cosciente rispetto allo scopo” e quindi di “rappresentare la dimensione della razionalità e del futuro dell’istituzione”, di conseguenza le istituzioni stesse divengono “oggetto dell’agire cosciente che le esonera dal rapporto con i bisogni naturali e le subordina al diritto”⁽⁵⁹⁾.

La riaffermazione dell’individualismo neoidealista ha portato, così, all’autodissoluzione della teoria sociologica delle istituzioni di Schelsky.

Ciò non deve meravigliare, perché tutta l’impostazione schelskyana del rapporto persona/istituzioni si basa sul riconoscimento di un valore etico supremo di derivazione hegeliana: la fedeltà alle leggi e lo spirito di sacrificio per lo Stato-comunità.

Solo attuando questi principi etici, queste idee-guida, ed in particolare, la *Bildung*, sorta di “recesso elitario dell’educazione, della funzione e della costituzione dell’individualità”, saranno garantiti integrità ed autonomia della persona rispetto alla complessità sociale delle istituzioni.

La svolta antisociologica o meglio il disvelamento della sua profonda avversione verso la sociologia segna anche la sua totale rottura con il pensiero

⁽⁵⁶⁾ A. GEHLEN, *Le origini dell’uomo e la tarda cultura*, Il Saggiatore, Milano, 1994, p. 50.

⁽⁵⁷⁾ A parere di Habermas, la teoria sociologica di Schelsky verrebbe sviluppata in una prospettiva ideologica che fa capo alla tesi tecnocratica, secondo la quale (p. 178) “il processo democratico di formazione della volontà su questioni pratiche deve perdere le sue funzioni ed essere sostituito da decisioni plebiscitarie su gruppi dirigenti alternativi del personale amministrativo”; l’esigenza sottesa a questa ideologia tecnocratica sarebbe quella (p. 179) “di separare l’autocomprensione della società, rilevante per la legittimazione, dal sistema di riferimento dell’agire comunicativo e dai concetti di un’interazione mediata simbolicamente, sostituendola con un modello tecnico-scientifico”. La tesi tecnocratica avanzata da Schelsky avrebbe quindi lo scopo di sostituire il modello dell’agire comunicativo, che presuppone l’interiorizzazione di norme, con comportamenti condizionati e adattativi. Cfr. J. HABERMAS, *Teoria e prassi nella società tecnologica*, Laterza, Bari, 1978, pp. 177-180.

⁽⁵⁸⁾ F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, op. cit., p. 174.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 215.

sistemico di Luhmann: mentre per Schelsky l'equilibrio armonico del sistema sociale può essere garantito solo attuando i valori-guida della società moderna, ovvero obbedienza alle leggi e rispetto dell'autonomia della persona, per Luhmann, si ottiene il medesimo risultato, cioè "lo spostamento dal disordine del vivente all'ordine del cristallo" attraverso una "strategia di selezione della realtà mediante differenziazione (funzionale e) tecnico-gerarchica del sistema" (60).

È, infatti, assolutamente irrilevante, per Luhmann, in una società moderna funzionalmente differenziata, appellarsi a principi etici o naturali, quali, ad esempio, il concetto di comunità, di collocazione gerarchica, di tradizione, di autonomia della persona (61).

Nonostante il tentativo, elaborato da Schelsky, di gettare un ponte tra il paradigma dell'azione, basato sulla libertà della persona e il paradigma della struttura, basato sulla stabilità del sistema istituzionale (62), l'esigenza di fondo del sociologo tedesco rimase comunque quella di evitare il declino "dell'appiglio obbiettivo" rappresentato dalle istituzioni.

Questa esigenza, secondo Schelsky, poteva essere soddisfatta se, hegelianamente, si fosse ammesso che l'autonomia e la libertà della persona sono tali solo se si realizzano come eticità nello Stato (63), se si risolvono nella razionalità di un comportamento pianificato e se contribuiscono ad uno sviluppo efficientistico e tecnocratico delle risorse produttive.

Schelsky fu dunque un intellettuale conservatore di impronta elitistica e un pensatore organicista in senso hegeliano.

ABSTRACT

This written is subdivided in two parts. First part has to object the study of the elements that differentiates the legal theories of the institutions from the sociological theories of the institutions.

The second part investigates the essential points that are characteristic of the German Sociological Institutionalism. In particular, the aim of this paper is the study of the ideological and technocratic implications that are presents in the theoretical perspective elaborated from Helmut Schelsky.

(60) A. ILLUMINATI, *Riduzione di complessità e ordini metastabili*, in "La critica sociologica", 1983, pp. 81-82.

(61) Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983. Osserva Illuminati che, nell'impostazione concettuale luhmanniana, "d'un colpo solo vengono eliminate la retorica democratico-comunicativa inerente al vecchio e nuovo liberalismo e la pretesa di ancorare la validità dell'ordinamento borghese a qualche principio etico e naturale"; cfr. A. ILLUMINATI, *Riduzione di complessità e ordini metastabili*, op. cit., p. 81.

(62) F. BELVISI, *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, op. cit., p. 156.

(63) Ivi, p. 158.

Questo scritto si suddivide in due parti. La prima parte ha ad oggetto lo studio degli elementi che differenziano le teorie giuridiche delle istituzioni dalle teorie sociologiche delle istituzioni.

La seconda parte approfondisce i punti essenziali che caratterizzano l'istituzionalismo sociologico tedesco. In particolare, nel saggio, si appunta l'attenzione sui risvolti ideologici e tecnocratici presenti nella prospettiva teorica elaborata da Helmut Schelsky.

LETIZIA GIANFORMAGGIO

LO STUDIO DEL DIRITTO E LO STATO DI DIRITTO(*)

Perchè studiare il diritto?

Quali tipi di interessi e di attitudini spingono – o possono spingere – una giovane o un giovane a scegliere lo studio del diritto?

Avanzo un'ipotesi: che siano l'interesse per il futuro del vivere associato, e l'attitudine al ragionamento logico ed al pensiero critico.

Il futuro e la critica sono dimensioni strettamente collegate.

Il mondo non è solo “tutto ciò che accade” come diceva, sbagliando clamorosamente, all'inizio del secolo scorso, un grandissimo filosofo positivista che poi clamorosamente si corresse. Nel mondo c'è molto di più di ciò che accade. Del mondo degli umani fanno parte anche, ad esempio, la critica di ciò che accade e le prefigurazioni di un mondo diverso, cioè le idee, elaborate in progetti, su come deve essere il futuro.

Uno degli slogan che sentiamo spesso ripetere ai nostri giorni è “un altro mondo è possibile”. Ora, a prescindere dalla sua carica retorica e dalla sua utilizzazione politica, questo enunciato – nella sconcertante banalità del suo significato letterale – non è altro che l'espressione del presupposto di ogni umana azione. L'azione è tale in quanto scelta (sia pure non deliberata e consapevole). L'azione potrebbe sempre essere diversa da quello che è, non è dunque determinata; e scegliere di agire significa proiettarsi nel futuro e contribuire, sia pure entro limiti ristretti, al divenire. Significa dare al futuro una forma anziché un'altra: scegliere un futuro tra i molti, tra gli infiniti, possibili.

(*) È il testo della lezione tenuta, nel settembre 2002, per l'accoglienza delle matricole della Facoltà di Giurisprudenza.

Le prefigurazioni del futuro possono essere mere intuizioni, o possono essere artifici per il conseguimento del consenso: e allora vivono solo nella testa di qualche sognatore (ed anch'essi, comunque, fanno parte del modo) o possono venir rappresentati come fondali di cirri bianchi su un cielo azzurrino (ed anch'essi, comunque, fanno parte del modo); ma possono anche essere strutture articolate e complesse. Queste strutture vengono chiamate "programmi" o "progetti". Esse sono una dimensione importante delle teorie politiche e sociali, delle morali, delle filosofie, dei manifesti artistici o letterari, degli ordinamenti giuridici.

Gli ordinamenti giuridici sono, tra i vari tipi di programmi, quelli che hanno molto sviluppata, oltre alla dimensione progettuale, anche un'altra dimensione, quella fattuale, che si radica e trae linfa dal mondo come è: e li chiamiamo, per questo, "istituzioni".

Il futuro

Facciamo un esempio.

Il progetto di un edificio prodotto dall'intelligenza creativa, e dallo studio, di un architetto, deve essere comunicato ed operare come criterio dell'azione, quindi guida del comportamento delle varie maestranze. Perciò deve diventare una cosa, esistere come parte del mondo, nel tempo e in uno spazio. Deve diventare un modello, non da *seguire*, ma da *eseguire*. La differenza è chiara: vuol dire che il modello non ha solo il senso di qualcosa che esiste, come un oggetto in sé che può venire riprodotto. Certo, il modello c'è, vale a dire esiste come oggetto in sé (lo si può ammirare nella sala d'aspetto dell'architetto, o altrove); ma ha anche e, direi, soprattutto, il senso della prefigurazione di un mondo che non c'è, cioè di un futuro. Il futuro che l'architetto vuole, il mondo che sceglie tra l'infinità dei mondi possibili, è quello in cui ci sarà un edificio "vero" costruito eseguendo i dettami del progetto, e che somiglierà, negli aspetti rilevanti, al modello.

Il diritto ha molto in comune con quel modello.

Un codice, una costituzione, un regolamento didattico di Facoltà indubbiamente "ci sono", fanno parte del mondo come è, di quel che accade; ma il loro senso è quello di significare ciò che non è, dato che è quello di indicare ciò che deve essere.

Però, se il diritto somiglia per alcuni aspetti al progetto di un edificio, per altri suoi aspetti è anche molto diverso da quello; il diritto infatti è radicato nel mondo che c'è molto più di quanto non lo sia il progetto di un edificio, e molto di più di quello trae vita dal mondo che c'è.

Un codice, una costituzione, una legge, *possono* essere sì interpretati, singolarmente, come dei progetti. Qualcuno li ha fatti, qualcuno li deve eseguire. Ma il diritto nel suo insieme è molto di più; il diritto è l'insieme:

1. di tutti i testi giuridici, come i codici, le costituzioni, i regolamenti, e tanti altri testi ancora;
2. e inoltre dei significati normativi attribuiti a quei testi sia dai loro autori, sia dai loro fruitori;
3. e inoltre dei ragionamenti con cui si giustifica l'attribuzione di quei significati;
4. e inoltre delle prassi d'intervento sul reale compiute eseguendo i criteri costituiti dai significati normativi stessi, cioè delle prassi con cui le norme vengono applicate alla realtà sociale.

L'attribuzione di significati, i ragionamenti e le prassi applicative – per divenire elementi costitutivi del diritto – devono essere compiute da individui qualificati. Sono gli individui investiti di potere – li possiamo chiamare, genericamente, “funzionari” – che, tutti insieme, compongono una struttura organizzativa, che è ormai, nei sistemi giuridici attuali, estremamente complessa e articolata, costituita dalle loro relazioni reciproche.

Tra questi “funzionari” ci sono i legislatori (vale a dire i membri del Parlamento) e gli impiegati delle poste, i generali i poliziotti e i giudici, i Presidenti dei Consigli di quartiere ed il Presidente del Consiglio dei Ministri, i vigili urbani ed i Presidi di Facoltà, il Presidente della Repubblica e i Segretari amministrativi dei Dipartimenti, e tanti altri ancora.

Hanno in comune questo: che la *conformazione* e non solo l'*esecuzione* del progetto giuridico è opera anche loro. E lo è perché essi sono investiti di potere (cioè sono chiamati a compiere le operazioni di cui sopra) dalle norme giuridiche – ovverosia dai significati normativi dei testi di cui si è appena detto – le quali inevitabilmente e talora deliberatamente lasciano loro un margine d'intervento (si chiama discrezionalità).

Così il progetto non solo, per il fatto di essere appunto un progetto, non è *mai compiutamente eseguito*, ma non è neanche *mai compiuto come progetto*. È aperto al futuro non solo, banalmente, perché è un progetto, ma anche perché alcune sue parti costituiscono il criterio in esecuzione del quale altre sue parti debbono venire ad esistenza, un criterio che in alcuni casi è determinato solo “a grandi linee”, in altri casi è più dettagliato o è anche molto dettagliato, ma che mai, comunque, riesce a predeterminare il risultato dell'opera dell'esecutore.

Il ragionamento logico

Ogni funzionario, dunque, partecipa all'esecuzione ed insieme alla configurazione del progetto giuridico, perché partecipa alla produzione del diritto seguendo le indicazioni che il diritto stesso contiene.

Ebbene “seguire indicazioni” significa svolgere un ragionamento che assume quali premesse quelle indicazioni, e ne trae conclusioni relati-

vamente al settore specifico dell'intervento che si vuole, o che si deve, compiere.

A volte, ho detto, le indicazioni sono "complete" ed allora le conclusioni tratte sono "necessarie". Il ragionamento è in questo caso logicamente stringente. Se può essere ammesso a sostenere l'esame di laurea ogni studente che abbia acquisito 180 crediti e la studentessa X ha acquisito 180 crediti, la studentessa X può essere ammessa a sostenere l'esame di laurea. E su questo, come si dice con formula aulica, non ci piove. Capita a volte di sentir dire che siccome le indicazioni e i criteri sono generali ed astratti mentre i casi della vita sono particolari, e diversi l'uno dall'altro, e vanno accertati, e chi fissa i criteri non può sapere cosa capiterà, allora il ragionamento giuridico non può essere un ragionamento logicamente stringente. Questa è una sonora stupidaggine. Ovvio che non tutto il ragionamento giuridico può essere logicamente stringente, e lo vedremo subito; solo il ragionamento matematico può esserlo (ed è per questo che taluno odia la matematica, considerandola una disciplina arida e fredda). Ma questo non significa che un ragionamento non possa essere logicamente stringente se si ragiona su fatti della vita che sono, in quanto fatti, contingenti. E ve lo provo.

L'esempio stancamente ripetuto di ragionamento logico stringente è questo:

"Tutti gli uomini sono mortali. Socrate è un uomo. Quindi Socrate è mortale."

Ora, se viene fuori Santippe a dire "Quello, un uomo? Mi piacerebbe, eccome, avercelo un uomo dentro casa. Quello è un buono a nulla, ecco cos'è!" Dunque, se Santippe contesta, e qualche buona ragione ce la potrebbe avere, che Socrate sia un uomo, per questo forse quel ragionamento non è più logicamente stringente? Ovvio che no, perché quel ragionamento ci dice che *se* tutti gli uomini sono mortali, e *se* Socrate è un uomo, *allora* Socrate è mortale: il che è assolutamente incontrovertibile.

Il pensiero critico

Dunque anche il ragionamento logico, quello che serve ai funzionari per eseguire alcune delle indicazioni contenute nel diritto, quelle complete, fa parte del diritto. Ma abbiamo visto che ci sono anche indicazioni incomplete. Una studentessa può essere ammessa a sostenere l'esame di laurea se ha acquisito 180 crediti. Ma quale deve essere il voto di laurea? Qui le indicazioni lasciano uno spazio notevole di manovra. O, come si dice, attribuiscono discrezionalità. Quando una tesi è un buona tesi? E questa tesi qui, quanto è buona? E la tesi A è migliore o peggiore della tesi B? Non sono folgorazioni che colpiscono *ex abrupto* i professori, intuizioni non giustificabili razionalmente, a fornire la risposta. Sono dei ragionamenti, che hanno

quali premesse delle considerazioni relative al senso degli studi universitari, alla funzione della tesi, alla conoscenza ed alle abilità acquisibili e acquisite dagli studenti nel corso degli studi, ecc., e si svolgono con argomenti che possono essere più o meno convincenti. Si tratta dunque di ragionamenti diversi da quelli di cui ho parlato prima, perché non sono logicamente necessari. Infatti, muovendo da quelle considerazioni, sulla base di argomenti perfettamente sensati, si possono ottenere conclusioni diverse, eppure tutte ragionevoli. Cosicché la studentessa potrà uscirsene, per esempio, con la votazione di 106 o 107 o 108. E ciò sarà dipeso da come si è svolta la discussione tra i membri della Commissione, da quali argomenti sono stati più efficaci, da quale tra i commissari ha messo più, o ha dosato meglio, lucidità e passione nella perorazione. Non qualunque argomento, né qualunque premessa d'argomento sono ammessi. Non dovrebbero essere ammessi argomenti di tipo *consequenzialista* (es.: solo una votazione non inferiore a... può consentire alla ragazza di accedere...); né dovrebbero essere ammesse in una Facoltà come la nostra, premesse relative alle abilità fisiche della candidata (es.: è una bravissima giocatrice di basket). Ci sono degli argomenti e delle premesse ricorrenti: tra le premesse ricorrenti (che si chiamano "*luoghi*") troviamo evidentemente quelle relative all'iter di preparazione della tesi; tra gli argomenti ricorrenti, gli argomenti giuridici per antonomasia: l'argomento *per analogia* (se abbiamo dato 108 alla tesi B, dobbiamo dare ... a questa tesi), e l'argomento *per assurdo* (se dessimo 107 a questa tesi, dovremmo... o avremmo dovuto...).

Lo stato di diritto

Il diritto, abbiamo detto, è una istituzione, il che vuol dire che:

1. in quanto progetto non è solo un'idea, ma è anche una realtà, un fatto; e
2. è un progetto che non è mai compiuto, ma è in continuo divenire. Non si può mai dire del progetto giuridico che finalmente lo si è compiuto: esso viene continuamente aggiornato. Si tratta infatti di una *istituzione aperta*, cioè di un insieme di norme, e di ragionamenti e *prassi* le quali sono sì *applicative* di norme ma sono anche, insieme, *produttive* di norme nuove. L'istituzione giuridica ha infatti la caratteristica specifica di regolare, e non sempre con indicazioni complete, la propria produzione (oltreché applicazione) da parte dei funzionari.

Lo Stato è evidentemente una istituzione di questo tipo. È un ordinamento giuridico; e dunque se le parole e le espressioni devono essere prese nel loro significato letterale, lo stato è, per definizione, uno "stato di diritto".

E con questo potrei dire di aver chiuso la mia lezione, se non fosse che non sempre le parole e le espressioni vanno prese solo nel loro significato letterale. Questo vale anche per l'espressione "stato di diritto".

Con “stato di diritto” infatti non si intende solo uno stato che è un ordinamento giuridico, ma si intende uno stato in cui il diritto viene *preso sul serio*. Viene preso sul serio in tutte e due le sue dimensioni: quella *fattuale* e quella *progettuale*, ovvero sia non soltanto in quella fattuale, che non è poi così difficile, ma anche in quella progettuale. Con “stato di diritto” si intende dunque uno stato in cui il diritto non è considerato solo quale fatto, prodotto, risultato della dinamica sociale di un rapporto di forze: anche se ottenuto per via della mediazione giuridica, quale è ad esempio un risultato elettorale. Con “stato di diritto” si intende uno stato in cui il diritto è considerato anche come criterio cui deve conformarsi il comportamento dei funzionari, appartengano essi alla schiera di quelli che hanno vinto o di quelli che hanno perso nella competizione, per esempio elettorale; nessuno è immune dal controllo sulla legalità dei propri atti. Lo stato di diritto non conosce impunità.

Si deve stare molto attenti a riprendere, fuori contesto, e senza far menzione di principi e valori, le doglianze dei giuristi positivisti in merito allo iato, alla frattura tra ordinamento giuridico e realtà sociale. La pretesa che l'uno e l'altra combacino perfettamente, può infatti accompagnarsi al misconoscimento della *differenza categoriale* tra diritto e fatto, e dunque al misconoscimento del diritto nel suo aspetto progettuale. Come chi dicesse, ad esempio, che *siccome*, di fatto, le auto sfrecciano a 180 km. all'ora in autostrada, *allora* per il diritto le auto devono poter sfrecciare a 180 km. all'ora in autostrada. Che è evidentemente una *fallacia*.

Se, dunque, il diritto non è soltanto un fatto, ma un insieme di criteri per la valutazione di quei fatti che sono i comportamenti umani, e specialmente di quelli produttivi e applicativi di diritto, prendere sul serio il diritto significa soprattutto *istituire organi deputati al controllo* tanto dei comportamenti quanto delle valutazioni giuridiche dei comportamenti, di cittadini e funzionari, e di questi organi di controllo garantire il corretto funzionamento. Si persegue con ciò il duplice scopo di rendere i cittadini tutti uguali di fronte al diritto, e di assoggettare ogni potere al controllo del diritto

Uguaglianza di fronte alla legge

La prima garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte al diritto sta in ciò, che i criteri di comportamento e di giudizio siano comunicati mediante *regole generali ed astratte*; sono le *leggi*. Si tratta di una condizione non formale, ma sostanziale. Essa infatti non richiede solo che le fattispecie siano formulate in termini generali ed astratti, ma richiede anche che non si tratti di fattispecie costruite per “fotografare” – come suol dirsi – una situazione specifica, e che siano quindi solo apparentemente astratte, mentre perseguono i fini molto concreti e particolaristici di risolvere determinate, specifiche questioni che stanno particolarmente a cuore ai loro autori, o ai committenti dei loro autori. La seconda garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte al

diritto sta in ciò, che l'organo dell'applicazione applichi le leggi a tutti nello stesso modo.

Infatti generalità ed astrattezza delle leggi non ne garantiscono di per sé l'uguale e corretta applicazione. Ciò dipende dalla *divisione dei poteri*. Nell'ordinamento giuridico la funzione legislativa e la funzione giurisdizionale sono esercitate da organi diversi; ne consegue che l'eguaglianza tra i cittadini, che è il fine cui tende la generalità (sostanziale, come abbiamo detto) delle leggi, potrebbe venire frustrata al livello applicativo se la *magistratura* che è l'organo di controllo (e soprattutto la magistratura penale inquirente) si dimostrasse sensibile alle sollecitazioni di chi possa avere interesse a che un certo illecito venga sollecitamente perseguito, ma non un certo altro.

Perciò al controllo di legalità sui comportamenti di ogni cittadino, così come sugli atti di ogni potere, deve essere deputata, nello stato di diritto, una magistratura *imparziale*, costituita dai giudici e dagli inquirenti. E nessuno può scegliersi il giudice che dovrà giudicarlo: principio cardine dello stato di diritto è che la legge distribuisce i magistrati sul territorio e fissa le specifiche competenze di ciascuno. Inoltre, la legittimazione della magistratura non deriva da investitura popolare, ma da una accertata competenza giuridica; pertanto che le sue pronunce siano emanate in nome del popolo significa che sono espressioni dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, non certo della volontà di una componente, sia pure maggioritaria, della pubblica opinione.

Per questo l'imparzialità degli organi giudicanti è condizione dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e della sottoposizione alla legge di ogni potere. Condizione della imparzialità è l'*indipendenza* della magistratura.

Indipendenza della magistratura

Va sottolineato come, nello stato di diritto, la difesa dell'indipendenza della magistratura non deve assolutamente significare difesa, sempre e comunque, della magistratura come corpo o degli atti e delle operazioni compiute da ciascun singolo magistrato. La magistratura stessa, gli stessi magistrati, per il fatto stesso di avere un potere, addirittura di essere un potere, possono diventare come tutti i poteri, nemici della libertà dei cittadini. E tanto più è facile che lo diventino, evidentemente, e che scivolino verso posizioni corporative ed antigarantiste, quanto meno si sentano liberi e protetti nella loro indipendenza e nelle loro prerogative costituzionali di autogoverno.

Il potere nei cui confronti in primo luogo va rivendicata l'indipendenza della magistratura è il potere politico espresso dai poteri legislativo ed esecutivo.

Di certo non c'è giustizia imparziale senza indipendenza della magistra-

tura dal potere politico; ma naturalmente l'indipendenza della magistratura dal potere politico non garantisce di per sé la giustizia imparziale. L'indipendenza della magistratura dal potere politico è una condizione necessaria, ma ovviamente non sufficiente, della imparzialità. Non sufficiente perché ci sono molti altri poteri forti nella società che possono compromettere quella indipendenza e quella imparzialità: e sono, almeno, il potere economico ed il potere mediatico.

Dunque, se mai dovesse darsi una situazione in cui potere politico, economico e mediatico fossero concentrate nelle stesse mani, l'indipendenza della magistratura e, con essa, la libertà di tutti i cittadini, rischierebbero di essere schiacciate, e da questo rischio i cittadini dovrebbero cercare di difendersi, usando di tutti gli strumenti che le istituzioni libere e democratiche forniscono.

Una postilla

Ho iniziato dicendo che l'interesse per il futuro del vivere associato, e l'attitudine al ragionamento logico ed al pensiero critico spingono – o possono spingere – una giovane o un giovane a scegliere lo studio del diritto.

E tuttavia talora accade – per lo meno è accaduto – che lo studio del diritto spenga l'interesse per il futuro ed appanni l'attitudine al ragionare ed al pensare criticamente

Perché? Per due ragioni, fondamentalmente.

La prima ragione è che può accadere venga scambiata la parte per il tutto, e scambiata l'istituzione, ovvero sia il diritto come è, per il diritto *tout court*, ed il progetto giuridico derubricato a vagheggiamento utopico. La seconda ragione è che può accadere vengano male interpretati, nello studio del diritto e nel lavoro dei giuristi, il "ragionamento" ed il "pensiero critico"; intendendo per "ragionamento" solo l'esegesi ed il calcolo logico formale, e per "pensiero critico" solo il decisionismo arbitrario.

Si tratta di fraintendimenti gravi, e non sempre innocenti. Talvolta li si chiama "realismo", come se la realtà fosse a un'unica dimensione, come se il mondo fosse solo tutto ciò che accade. Se così fosse anche parlare di "stato di diritto" avrebbe poco senso, e le parole che ho dette fino a qui servirebbero ben poco al giurista. Resta da spiegare perché, se così fosse, una giovane e un giovane dovrebbero essere attratti dallo studio del diritto, quali gratificazioni mai ne potrebbero trarre, superiori o, almeno, diverse dal favore del principe di turno, che il giurista con pochi scrupoli può in effetti ricambiare con molti favori, o dal gradimento del pubblico televisivo.

FRANCESCO SALERNO

GLOBALIZZAZIONE E CERTEZZA DEL DIRITTO(*)

1. Ogni sistema normativo, internazionale, statale o privato che sia, ha una propria struttura normativa e interessi da proteggere. La certezza del diritto è un'esigenza vitale in tale contesto perché richiama tanto la prevedibilità della norma quanto l'effettività della situazione giuridica da essa astrattamente prefigurata. L'emergere del fenomeno della globalizzazione potrebbe alterare il modello proprio di un ordinamento giuridico. Pertanto, nel valutare i rapporti tra globalizzazione e certezza del diritto, va verificato se la globalizzazione vada assunta come fenomeno pervasivo, unificante e omologante considerando il diritto a supporto di tale tendenza, oppure se la globalizzazione non sia piuttosto un fattore certo rilevante ma aggiuntivo ad altri che già compongono la complessità del fenomeno giuridico. A tal fine si valuterà l'impatto della globalizzazione, per un verso, sulla sovranità dello Stato nei rapporti con altri Stati, per un altro, sulla funzione dello Stato verso i componenti della propria comunità territoriale.
2. Con riferimento al primo profilo, occorre anzitutto tener presente il quadro giuridico tradizionale dei rapporti tra Stati regolati dal diritto internazionale secondo criteri che risentono delle condizioni di pari sovranità delle entità medesime. In tale ambito lo Stato è per definizione un'entità che non ammette l'esistenza di una Istituzione a sé superiore, se non vuole contraddire il suo stesso carattere di ente sovrano. Perciò nel diritto internazionale il processo di produzione normativa è rimesso essenzialmente alla volontà degli Stati e più in generale al loro comportamento. Le altre funzioni proprie di un ordinamento giuridico, la funzione

(*) Testo della lezione tenuta per l'accoglienza delle matricole della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara il 25 settembre 2002.

di accertamento del diritto e la sua attuazione coatta se necessaria, sono ovviamente sprovviste di quel carattere “precostituito” proprio dell’organizzazione statale. Per dirla con Perassi, l’ordinamento internazionale non ha né giudici né carabinieri.

3. Su questo assetto si dispiegano gradualmente gli effetti della globalizzazione favoriti dalla progressiva ma irreversibile internazionalizzazione della vita economica, sociale, culturale ecc. È soprattutto la crescente interdipendenza globale che evidenzia i limiti della sola azione statale nella gestione dei bisogni sociali e quindi impone agli stessi Stati di assegnare ad organizzazioni internazionali funzioni di governo, giurisdizionali e talora anche coattive. Questo spostamento di competenze a livello internazionale non è uniforme, dovendosi commisurare con il diverso grado di “interdipendenza globale” in cui i singoli Stati sono inseriti e con il grado di reciproca fiducia che essi si possono concedere reciprocamente rinunciando mutualmente all’esercizio di funzioni loro proprie per assegnarle ad organizzazioni internazionali. Perciò la dislocazione di parte delle tradizionali funzioni statali si registra in modo più intenso in ambito europeo ove esiste una relativa omologazione dei sistemi giuridici nazionali. Basti pensare al fenomeno dell’Unione europea che permette alle Comunità europee di adottare atti direttamente vincolanti per i privati o anche alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo che consente all’individuo di attivare sul piano internazionale, dinanzi all’omologa Corte europea dei diritti dell’uomo, un procedimento di accertamento del diritto nei confronti di uno Stato che abbia violato la Convenzione. Tuttavia in un caso come nell’altro si tratta di fenomeni che registrano una compressione o un condizionamento dello Stato non ancora idonei a determinare il suo superamento come ente sovrano.
4. Vi sono non pochi fattori che ostacolano il pieno sviluppo di questa tendenza verso il definitivo superamento del nucleo vitale di sovranità degli Stati. Perdurano anzitutto i conflitti di interessi tra Stati con un diverso grado di sviluppo economico, anche là dove si tratti di paesi che hanno una più generale comunanza di interessi. Ne è stata prova la recente conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile, svoltasi a Johannesburg nell’agosto 2002. In tale sede alcuni paesi in via di sviluppo “emergenti” hanno ostacolato l’adozione di severi vincoli ambientali che potevano rallentare le loro prospettive di ulteriore crescita economica. Ma divergenze si manifestano pure all’interno di un gruppo tradizionalmente coeso come quello occidentale. Basti pensare ai contrasti tra Stati Uniti e Unione europea sempre sullo stesso tema della tutela ambientale, come pure sul ruolo della giurisdizione penale internazionale, sulle tariffe doganali o anche sulla normativa anti-trust.
5. La manifestazione più significativa di un limite obiettivo al processo di “internazionalizzazione” delle tradizionali funzioni di governo è la sensazione di una parte dell’opinione pubblica che l’ONU sia incapace di

assicurare un'efficace gestione delle crisi internazionali, specie dopo i fatti dell'11 settembre 2001. In particolare va sottolineato l'atteggiamento deciso con cui gli Stati Uniti intendono ricorrere a misure preventive inclusive dell'uso della forza per rimuovere il fenomeno del terrorismo, i mezzi che lo sostengono ed i paesi che lo appoggiano. A sostegno di questa posizione si invoca l'istituto della legittima difesa preventiva, nonostante che in passato fosse stato ampiamente condannato il ricorso a tale istituto da parte di Israele. A giustificare il ripensamento degli Stati Uniti è la stessa natura del fenomeno del terrorismo come fenomeno "globale". In specie è stato autorevolmente sostenuto (Kissinger, su *La Stampa*, 5 settembre 2002, p. 1) che "gli Stati che ospitano i terroristi ... non possono invocare il concetto tradizionale di sovranità, perché la loro integrità nazionale è stata preventivamente violata dai terroristi". In base a tale considerazione si può comprendere la "dottrina Bush", secondo la quale gli Stati Uniti, pur ricercando un'azione multilaterale, "non esiteranno ad agire da soli, per esercitare il diritto all'autodifesa" (ivi, 21 settembre 2002, p. 10). L'atteggiamento statunitense sembra destinato ad orientare parte della prassi, poiché oltre al tradizionale orientamento favorevole di Israele, anche la Russia ed il Regno Unito inclinano ad invocare, sia pure in casi eccezionali, il ricorso alla legittima difesa preventiva, anche senza un'indicazione favorevole dell'ONU. L'incapacità di questa a dare una risposta soddisfacente agli interessi vitali degli Stati possibili oggetto di atti di terrorismo allarga conseguentemente gli spazi di libertà degli Stati nell'impiego dell'uso della forza. Se si tiene conto dell'impatto che ne può derivare sui valori di integrità territoriale ed indipendenza politica degli Stati, ben si comprende come la globalizzazione sia ben lungi dal trovare una soluzione compiuta a livello internazionale, restando – ed anzi allargandosi – le possibilità di soluzioni decentrate ad opera di singoli Stati (o gruppi coalizzati degli stessi) con un'alta probabilità di valutazioni unilaterali.

6. Lo sviluppo della globalizzazione è percepibile anche all'interno della comunità statale. Il modello giuridico tradizionale era qui mirato ad assicurare un insieme di regole formali e talora anche sostanziali per mezzo delle quali assicurare condizioni di uguaglianza tra cittadini dello Stato. Questo legame permetteva di storicizzare anche l'idea di Stato-nazione raccordandolo ad un ordinamento giuridico che, in piena sovranità ed autonomia, provvedeva ad identificare ed unificare i propri componenti. Un simile dato è stato profondamente modificato da fattori endogeni ed esogeni. Anzitutto la dislocazione a livello internazionale di alcune funzioni statali tradizionali ha ridimensionato il carattere esauritivo dell'ordinamento statale. Basti pensare al fenomeno dell'integrazione europea per comprendere quanto sia stata contratta la capacità dell'ordinamento statale di regolare in modo autonomo la vita sociale interna. Ma gli effetti della globalizzazione si sono avvertiti anche nella

stessa struttura sociale della comunità statale, facendo emergere una dimensione individuale e collettiva del “privato” assolutamente non comparabile ad esperienze passate. Ciò vale per il ruolo che assumono singole imprese, molte delle quali hanno dimensioni multinazionali e possono condizionare gli stessi Stati. Di rilievo è pure la tendenza dei gruppi di individui a coalizzarsi in forme collettive, con una relativa capacità di autoregolamentazione che trova sovente risposta in movimenti o comunità che incrinano la tradizionale configurazione dello “Stato dei partiti” in cui tradizionalmente si esprimeva il “progetto” di una società identificante ed unificante. Lo Stato deve quindi strutturarsi in modo da assicurare la manifestazione “pluraliste” del sociale mediante regole fondamentali di accesso e coesistenza proprie di una “società aperta”.

7. L'uno e l'altro dei fenomeni evidenziati non riduce tuttavia la dimensione statale dell'ordinamento ad un puro simulacro, così come non elide il ruolo del diritto statale ma piuttosto lo costringe a riconsiderare le proprie funzioni dovendosi misurare con la pluralità di ordinamenti giuridici senza però smarrire il senso essenziale della propria sovranità. Così, anche in relazione ad una esperienza “profederale” quale l'Unione europea, non manca la precisazione ad opera della Corte costituzionale italiana (come anche della Corte costituzionale tedesca) circa la perdurante sovranità dello Stato membro, sia pure nella limitata sfera del rispetto dei diritti fondamentali. E parimenti, quando gruppi organizzati minacciano di minare le fondamenta stesse della democrazia pluralista, si rendono necessarie misure fortemente restrittive della libertà di associazione. Significativa in proposito è la sentenza del 31 luglio 2001 della Corte europea dei diritti dell'uomo che avalla la decisione del governo turco di sciogliere d'autorità il partito islamico Refah in ragione del suo programma mirante a creare uno Stato plurilegislativo su base confessionale implicante l'applicazione della legge islamica (*shari'a*) per i musulmani. A parere del giudice europeo, si trattava di una misura necessaria per difendere il carattere laico e democratico della Turchia oltre che per garantire il rispetto del principio di non-discriminazione.
8. La mobilità transnazionale delle persone esercita un forte impatto sullo Stato-nazione. Quando non vi siano motivazioni forzate, la scelta di trasferirsi in un altro Stato denota un minor vincolo di appartenenza verso lo Stato-nazione originario, favorendo lo spirito “postmoderno” che permette all'individuo di scegliere la propria identità. Ciò avviene non solo consentendo all'individuo di collocarsi stabilmente in un paese anziché in un altro, ma anche dandogli l'opportunità di sfruttare le diverse opportunità che i singoli ordinamenti statali offrono nel godimento di determinati diritti civili. Da qui movimenti di singoli o gruppi di persone attratti da legislazioni nazionali favorevoli, ad esempio, al diritto d'aborto, al divorzio, alle unioni di fatto, al transessualismo, ai matrimoni tra

omosessuali. Proprio l'autonomia sovrana degli ordinamenti statali determina, sia pure indirettamente, una forma di "offerta" normativa che l'attuale facilità di comunicazione e movimento mette a disposizione di quanti siano interessati al soddisfacimento di bisogni individuali altrimenti inappagati nell'ambito del singolo Stato.

9. Un fenomeno per molti versi affine si delinea nei rapporti tra lo Stato e gli stranieri che vi emigrano, in specie rispetto a gruppi di individui della medesima nazionalità inclini a riprodurre nel paese ospitante i modelli culturali di origine. Nei limiti in cui emerge rispetto ad essi il giusto atteggiamento di tolleranza (seguendo l'ammonizione che il Profeta rivolgeva agli israeliti: "non opprimete lo straniero, perché anche voi siete stati stranieri in terra d'Egitto"), si nota la tendenza di gruppi nazionali di immigrati di dotarsi di proprie strutture di riferimento atte a perpetuare in forma stabile momenti di identità culturale collettiva nel paese ospitante. Così, per effetto della mobilità delle persone, lo Stato-nazione vede incrinarsi la propria tradizionale identità culturale ed assume connotati effettivamente pluralistici. La sua funzione ordinatoria è dunque quella di assicurare tale connotato senza prevaricazioni di sorta e facendo in modo che il godimento dei diritti umani fondamentali avvenga senza discriminazioni di nazionalità.
10. In tale veste l'ordinamento statale manifesta ugualmente una sua identità, dal momento che la tolleranza verso culture di origine estranea non può spingersi al punto da giustificare pratiche che ledono la dignità dell'individuo secondo i parametri propri dello Stato. È questa la tendenza che si manifesta nei paesi europei che si oppongono alla introduzione della poligamia come alle pratiche di mutilazioni genetiche. Ancora più evidente è l'atteggiamento emerso rispetto al fenomeno della tratta di esseri umani, favorito anche dalla capacità delle organizzazioni criminali che la gestiscono attraverso i canali dell'immigrazione clandestina di condizionare la volontà specie di donne adulte ricorrendo a pratiche magiche o a rituali tribali primitivi. Anche in Italia si è avvertita l'esigenza di sganciare gli individui da queste condizioni di servaggio e, stante l'assenza di una puntuale normativa penale sulla tratta in quanto tale, la giurisprudenza si è orientata a dilatare il divieto tradizionale di schiavitù sancito dall'art. 600 cod. pen. avendo originariamente presenti le sole condizioni di proprietà sulla persona. In effetti, l'applicazione della norma è avvenuta a tutela della libertà della persona di autodeterminarsi rispetto a condizioni di servaggio che sono solo in parte analoghe a quelle tradizionali della schiavitù. Sintomatico in proposito il caso di una giovane nigeriana indotta a prostituirsi in Italia fino al pagamento di una cifra di riscatto (settanta milioni di vecchie lire) dopo che l'autore del reato aveva usato nei confronti della donna "formidabili strumenti di coazione ... nei suoi confronti", tra cui il "ricatto Ju Ju, rito di magia nera alla quale era stata sottoposta, suo

malgrado, e nel quale credeva fortemente” (Assise Como, 31 maggio 2000, in *Rep. Giust. civ.*, 2000, voce *Schiavitù*, n. 1). In altri termini, pur a costo di forzare un principio fondamentale di diritto costituito dalla determinatezza della fattispecie penale, il giudice si fa interprete di valori fondamentali dell’ordinamento anche non scritti, a nulla rilevando che i colpevoli siano ad essi estranei in ragione del loro modello culturale di appartenenza che li giustifica. Così, per Assise Firenze, 23 marzo 1993, *Tahiri*, “l’ignoranza inevitabile [della legge penale] non può avere ad oggetto fattispecie come la riduzione in schiavitù ... che, per la loro corrispondenza a norme extra-penali di civiltà, costituiscono esempi di delitti cosiddetti naturali” (in *Foro it.*, 1994, II, p. 304). Stante il carattere inadeguato del diritto positivo, il richiamo a parametri giusnaturalistici diventa il rimedio normativo estremo per la difesa dei valori essenziali dello Stato. In sostanza, si incrina di fronte a fattispecie “globalizzate” il modello codicistico che denotava una certa manifestazione storica della sovranità, ma non l’esigenza di affermarla, sia pure con l’ausilio di altri modelli normativi. Parallelamente si evolve la certezza del diritto, riposta non soltanto nella prevedibilità assicurata dalla regola estratta ma anche nella effettività di una tutela comunque dovuta.

NOTIZIARIO

Tra le attività culturali promosse dal DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA, nell'anno accademico 2001/2002, si segnala una giornata di studio su *L' insegnamento del Diritto del lavoro nell'Università riformata*, con gli interventi, presidente il prof. G. Ghezzi, del prof. G.G. Balandi, su *Riforma, classi di laurea, triennio e biennio, strumenti della didattica*; del prof. M. Roccella su *Quale integrazione con il diritto comunitario?*; dei professori L. Mariucci e A. Perulli su *Idee per un manuale futuro*. Nel corso dell'incontro sono stati presentati, a cura del prof. A. Avio e F. Bano, dati relativi ai manuali adottati. I lavori si sono chiusi con un dibattito finale a cui ha partecipato il prof. R. De Luca Tamajo.

Ospite del corso di Diritto del Lavoro è stata la prof. C. Barnard, del Trinity College di Cambridge, UK, che ha parlato di *Diritto del lavoro britannico ed italiano: spunti di comparazione*. Nell'ambito della stessa materia il prof. F. Valdés Dal-Ré, dell'Università Complutense di Madrid, ha aperto il corso con una lezione su *Contrattualizzazione e diritti sociali*.

L'Associazione Romana di Studi Giuridici, in collaborazione con l'Università degli Studi di Ferrara ha tenuto, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche un convegno su *Il nuovo giudizio cautelare amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*; ha presieduto il dott. C. Talice; relatori sono stati M. De Polis, U. Di Benedetto, E. Lorenzini, M. V. Lumetti, G. Saporito, A. Scuola. I temi trattati sono stati: *Dal giudizio cautelare al giudizio di merito, I provvedimenti ingiuntivi nell'ambito della tutela cautelare, La tutela cautelare nel contenzioso pensionistico e nella giurisdizione di responsabilità, L'esecuzione dei provvedimenti cautelari del giudice amministrativo, Le cauzioni nel processo cautelare nella legge 21 dicembre 2001, n. 443, I principi cardine della riforma della tutela cautelare nella legge 21 luglio 2000, n. 205*. Sono intervenuti T. Autieri, G. Schettino, S. Terados Molledo, che hanno, rispettivamente, parlato su *I decreti cautelari inaudita altera parte, ex art. 3, legge 21 luglio 2000, n. 205, Tutela cautelare e arbitrato*. Nel corso del convegno è stato presentato il volume *Il nuovo processo cautelare amministrativo*.

La cattedra di Storia e Sistemi dei rapporti fra Stato e Chiesa ha organizzato un convegno dal titolo *Dalla legge sui culti ammessi alla legge sulla libertà religiosa*. Nella prima giornata di lavoro, presieduta, nella mattinata, dal prof. S. Berlingò, dell'Università di Messina e, nel pomeriggio, dal prof. F. Finocchiaro, dell'Università "La Sapienza" di Roma, hanno parlato il prof. P. Bellini, dell'Università "La Sapienza" di Roma, di *La politica religiosa del liberalismo e del fascismo*; il prof. M. Tedeschi, dell'Università

“Federico II” di Napoli, di *Dalla tutela dell'individuo credente alla tutela della confessione cattolica. La legge sui culti ammessi*; il prof. G. Lo Castro, dell'Università “La Sapienza” di Roma, di *Alla ricerca di un equilibrio bilanciato fra aspettative confessionali e libertà delle coscienze*; il prof. G. Casuscelli, dell'Università di Milano, di *L'attuazione del principio costituzionale di libertà religiose*. I lavori sono proseguiti nella giornata successiva, presieduta dal prof. P. Bellini, con le relazioni del prof. F. Finocchiaro su *Il concordato del 1984 e le intese. Le confessioni senza intesa*, e del prof. C. Mirabelli, dell'Università “Tor Vergata” di Roma, su *Il disegno di legge sulla libertà religiosa. Proposte di riforma*. Il Convegno si è chiuso con una discussione sui temi trattati.

L'area del Diritto Amministrativo ha organizzato, per il XVII ciclo del DOTTORATO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E PUBBLICO GENERALE, un incontro di studio sul tema *TU sull'espropriazione e riforma del Titolo V della Costituzione*.

Nell'ambito dei corsi di Istituzioni di Diritto Romano e Storia del Diritto Italiano, il prof. J. M. Poughon, dell'Università di Strasburgo, ha tenuto un seminario su *Une lecture économique du contrat en l'histoire du droit*.

Nel DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO il prof. A. Földi dell'Università di Budapest, ha approfondito il tema della *Responsabilità per il fatto altrui nel diritto romano e nella prospettiva comparatistica*; il prof. A. D. Manfredini, dell'Università di Ferrara, ha parlato su *Il fedecommesso tacito e la disposizione fiduciaria ex art. 627 c.c.*; il prof. H. Wieling, dell'Università di Treviri, ha tenuto un incontro su *La tutela del conduttore nei confronti dei terzi dal diritto romano al diritto vigente*; il dott. F. Klinck, dell'Università di Treviri, ha parlato de *L'acquisto di possesso e proprietà mediante traditio ad un procurator*;

Nel corso di Storia del Diritto Moderno e Contemporaneo è stato organizzato un seminario su *Diritto ed economia in Italia tra fascismo e Repubblica*; vi hanno preso parte il prof. F. Belli, dell'Università di Siena, il prof. P. Cappellini, dell'Università di Firenze, il prof. L. Costato, dell'Università di Ferrara e il prof. A. Fineschi, dell'Università di Siena.

Il prof. A. Luna Serrano, dell'Università di Barcellona, ha tenuto, per il corso di Diritto Agrario, due lezioni sul tema *Gli sviluppi recenti del diritto agrario spagnolo*.

Il prof. A. Luna Serrano per l'insegnamento di Istituzioni di Diritto Privato II e Diritto dei Contratti, ha trattato della *Disciplina generale dei contratti*.

Il modulo integrativo di Diritto Costituzionale e il modulo integrativo di Filosofia del Diritto hanno organizzato tre tavole rotonde su *Stato di diritto uguaglianza legalità diritti. Tra laicità e identità: il crocifisso nei locali pubblici*,

con la partecipazione dei professori N. Colajanni, M. Olivetti, L. Novelli Glaab; *Razzismo e xenofobia: la risposta del diritto*, con l'intervento dei professori L. Balbo, P. Sonetti e dell'avv. M. Paggi dell'Associazione per gli Studi giuridici sull'immigrazione e K. Michoel, funzionaria del Consiglio dell'Unione Europea. Nella terza tavola rotonda è stato affrontato il tema *La tortura non è reato: un'anomalia dello stato di diritto*; vi hanno preso parte il prof. L. Ferrajoli, il dott. V. Borraccetti, procuratore della Repubblica presso il tribunale di Venezia, il dott. M. Palma del Comitato europeo per la prevenzione della tortura.

Nella sede di Rovigo il modulo integrativo di Filosofia del Diritto ha promosso tre tavole: la prima su *Legislazione sulla riproduzione assistita e i diritti dei soggetti coinvolti*, con la partecipazione dei professori L. Ferrajoli, B. Pastore e dell'avv. M.G. Campari. Nella seconda, si è parlato di *Persone, cittadini, immigrati: quali diritti?* e sono intervenuti la prof. G. Brunelli, l'avv. E. Molinari, l'avv. N. Zorzella; nella terza, *Tra legge e coscienza*, hanno discusso i professori M. Miegge, A. Pugiotto, G. Di Cosimo.

Sempre nell'ambito del Corso di Filosofia del Diritto si segnalano la conferenza della prof. J. Hasanbegovic, dell'Università di Belgrado, sul tema *Come si distrugge uno stato di diritto*; l'incontro seminariale con il prof. Y. Ben Achour, docente di diritto pubblico nell'Università di Tunisi, su *Lo stato di diritto nei paesi arabo-musulmani*.

La cattedra di Diritto Civile II, tenuto dalla prof. M.V. De Giorni, per approfondire gli aspetti più problematici ed attuali in tema di responsabilità civile, ha invitato professori, magistrati e professionisti esperti della materia. Il dott. S. Giusberti, magistrato del Tribunale di Ferrara, ha illustrato le *Questioni attuali in tema di danno alla persona*; la prof. E. Pellecchia, dell'Università di Pisa, ha esplorato il tema degli *Illeciti informativi*. Sulle riforme intervenute negli ordinamenti stranieri l'avv. W. Vogl, del foro di Monaco, ha esposto in una serie di incontri sulla *Recente normativa tedesca in tema di responsabilità civile*. In tema di *Disciplina della garanzia nella compravendita in Italia, Germania, Austria dopo la direttiva 99/44/CE*, il prof. B. Eccher, dell'Università di Innsbruck, ha tenuto alcune lezioni, in occasione delle iniziative promosse dal *Centro interuniversitario per la documentazione e lo studio delle relazioni giuridiche fra Italia e Germania*. Altri temi del programma del Corso di Diritto Civile sono stati approfonditi dal prof. A. Luna Serrano, dell'Università di Barcellona, che ha tenuto una lezione su *l'Interpretazione del contratto*; dal prof. A. Bucelli, dell'Università di Firenze, che ha esposto i recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di *Contratto atipico*; dalla prof. E. Pellecchia, dell'Università di Pisa, che ha parlato in tema di *Danno all'ambiente*. Il prof. G. Cian, dell'Università di Padova, ha tenuto, a conclusione del corso, una lezione sul tema *Rappresentanza e mandato*.

Nella cattedra di Diritto Internazionale la prof. A. Michelot, dell'Università de La Rochelle, ha parlato di *Environmental Law and Trade in the World Economic System*.

Il prof. P. Leylan, dell'University of North London, nell'ambito del corso di Lingua Giuridica Inglese ha tenuto, in lingua inglese, una lezione dal titolo *UK Devolution and Constitutional Design*.

Organizzati dagli insegnamenti di Diritto Penale I e II, Diritto Penale Comunitario, Diritto Penale dell'Economia, Diritto Penale Commerciale si sono tenuti incontri di studio e seminari. Il prof. E. Bacigalupo, giudice del Tribunale Supremo di Spagna, ha parlato di *Europeizzazione del diritto penale*; il prof. J. Pradel, dell'Università di Poitiers, presidente dell'associazione francese di diritto penale, ha tenuto una lezione su *Il codice penale francese del 1994: genesi e contenuto*; il prof. P. Leyland, della North London University ha discusso di *Omicidio colposo della persona giuridica: a chi attribuire la responsabilità?* Nell'ambito del DOTTORATO DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE la prof. C. Valentini ha tenuto una relazione su *Il diritto alla prova, alla luce dell'art. 111 Cost.* e il prof. V. Grevi ha introdotto un dibattito in tema di *Iudex suspectus. La rimessione del processo fra scelte tecniche e tensioni politiche*.

In collaborazione con Comune di Ferrara, Assessorato ai Servizi alla Persona, Sociali e Sanitari, Pari Opportunità e Centro Donna Giustizia di Ferrara, il prof. G. Cazzetta, Preside della Facoltà di Giurisprudenza, il dr. E. Ciconte e l'avv. R. Reali, hanno partecipato ad una conferenza dal titolo *Il consenso violato. Mentalità giuridica e violenza sessuale nella cultura contemporanea*

Nell'ambito delle attività svolte nell'a.a. 2001/02 dal CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA, si sono tenuti incontri e *Corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e nella disciplina degli scambi commerciali fra Italia e Germania*, in collaborazione con gli insegnamenti di diritto civile, diritto romano e diritto processuale penale. In tale ambito il prof. Dr. B. Eccher ha svolto lezioni su *La disciplina della garanzia nella compravendita in Italia, Germania, Austria dopo la direttiva 99/44/CE* e ha presieduto una tavola rotonda sul tema, aperta a tutti gli studenti; l'avv. W. Vogl, di München, ha trattato di *Risarcimento del danno nel diritto tedesco* e di *Illecito civile e la sua recente riforma nel diritto tedesco*; il prof. W. Gropp, dell'Università di Giessen, ha affrontato il tema de *La formazione del giurista in Germania. I più recenti sviluppi*.

Su iniziativa del CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA la dott. S. Haberl, lettrice di lingua madre tedesca, ha tenuto corsi di terminologia giuridica tedesca, diversificati per livelli di conoscenza.

IL CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE dell'Università di Ferrara ha organizzato anche quest'anno la seconda edizione del *Corso di formazione teorico pratico sul Diritto Comunitario*, rivolto agli operatori del diritto, con l'obiettivo di approfondire aspetti teorici e pratici del diritto comunitario. Fra le numerose attività di documentazione e studio svolte dal Centro si segnalano: l'*Incontro per la celebrazione della Festa dell'Europa*, in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza, l'Eurodesk e lo Sportello Europa del Comune di Ferrara; un seminario su *Ricerca e Impresa. Opportunità e vantaggi della collaborazione fra università e impresa*, in collaborazione con MEEC S.r.l., Unione degli Industriali della Provincia di Ferrara, Centro Spin Off della Facoltà di Economia, Consorzio Spinner, sotto il patrocinio della Camera di Commercio di Ferrara; l'incontro sul tema *Il Sesto Programma Quadro dell'Unione europea per la Ricerca e lo Sviluppo Tecnologico. Criteri e modalità di partecipazione*, organizzato con l'Ufficio Relazioni Internazionali dell'Università di Ferrara.

L'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, afferente alla Facoltà di Giurisprudenza, ha istituito nell'a.a. 2001/02, in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ferrara, un *Corso di preparazione all'esame di Stato di avvocato e di formazione ed aggiornamento – Scuola Forense*; in tale ambito lezioni, incontri, seminari sono stati tenuti da docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara e di altre università italiane, da avvocati e da magistrati.

Con il coordinamento del prof. G. Casaroli, docente dell'Università di Ferrara, il Dipartimento di Scienze di Scienze Giuridiche ha ospitato un *Corso di preparazione al concorso per Uditore Giudiziario*, organizzato dalla società A.T.S., presso il quale hanno tenuto lezioni di Diritto Civile, Amministrativo e Penale docenti della Facoltà, magistrati e avvocati del foro ferrarese.

Riservato a tutti gli studenti iscritti all'ateneo ferrarese, l'ASSOCIAZIONE CULTURALE DI GIURISPRUDENZA ART' è COMUNICARE e il Teatro G. Franz hanno organizzato una serie di *Incontri – Laboratorio*.

Per un primo approccio ad una conoscenza del diritto, osservato da prospettive diverse, il Dipartimento ha organizzato per gli studenti del Liceo classico L. Ariosto di Ferrara il *Corso 'Zero'*, in cui si sono tenute lezioni multidisciplinari.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 2000/2001, vi sono stati studenti in uscita 24 e in entrata 31.

[W.F.C.]