Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

ALESSANDRO BERNARDI

"RISERVA DI LEGGE" E FONTI EUROPEE IN MATERIA PENALE

(PARTE I)

SOMMARIO: SEZIONE I: *Importanza e complessità del tema della legalità penale europea.* — 1. La scarsa attenzione tradizionalmente riservata alle questioni concernenti la legalità penale in prospettiva europea. — 1.1. Lo specifico oggetto della trattazione: il principio di riserva di legge al vaglio dei testi penali di derivazione CE. — 2. Le ragioni dell'attuale rilevanza assunta dal tema della legalità penale in prospettiva europea. — 2.1. L'esplicita previsione di una competenza penale UE nel Trattato costituzionale del 2004. — 2.2. L'incerto futuro del Trattato costituzionale europeo e l'eventuale revisione delle sue norme sull'esercizio delle competenze dell'Unione. — 2.3. Il recente riconoscimento per via giurisprudenziale degli obblighi comunitari di incriminazione. — 3. Le cause del difficile approccio al tema della legalità in ambito europeo. — 3.1. L'eterogeneità dei modelli legalistici nazionali. — 3.2. L'assenza nei trattati europei di un principio scritto di legalità. SEZIONE II. *Il principio di legalità penale nel diritto europeo. Sua genesi e suoi sviluppi all'interno dei "principi di diritto non scritto".* — 4. Il principio di legalità nel quadro dei principi di diritto comunitario non scritto ricavati a partire dai trattati internazionali e dalle Costituzioni dei Paesi membri. — 4.1. La legalità comunitaria alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 4.1.1. La penuria di sentenze della Corte di giustizia in tema di legalità facenti esplicito richiamo all'art. 7 CEDU e le sue possibili ragioni. — 4.1.2. Preambolo sul ruolo marginale svolto dai giudici di Lussemburgo rispetto ai giudici di Strasburgo negli sviluppi interpretativi dell'art. 7 CEDU. — 4.1.2.1. Il principio di legalità penale nella CEDU e la sua implementazione da parte degli organi di Strasburgo. — 4.1.2.2. Il principio di legalità *ex* art. 7 CEDU e la sua deludente recezione da parte degli organi di Lussemburgo.— 4.1.2.3. Spunti sulle possibili ragioni della limitata portata pratica riconosciuta dalla Corte di giustizia al principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU. — 4.2. Il principio di legalità penale europea alla luce delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. L'incidenza su di esso dei diversi criteri di recepimento dei diritti fondamentali in ambito comunitario. — 4.2.1. Il criterio del *maximum standard*. Suoi fondamenti teorici, suoi aspetti problematici e sue possibili ricadute sul principio di legalità. — 4.2.2. I criteri dell'orientamento prevalente e della *better law*: pregi, difetti e conseguenze sul principio di legalità. — 4.2.3. Il criterio del minimo denominatore

comune. Suo apparente fondamento normativo, sue controindicazioni sul piano funzionale e sue ricadute in tema di legalità. — 4.2.4. I possibili sviluppi del principio "europeo" di legalità penale. Il loro eventuale impatto sulla (futura) normativa penale sovrastatuale e sulle norme nazionali di trasposizione a carattere penale. — 4.2.5. La mancata implementazione da parte degli organi di Lussemburgo della legalità penale europea a partire dalle tradizioni costituzionali.

SEZIONE I
IMPORTANZA E COMPLESSITÀ DEL TEMA DELLA LEGALITÀ PENALE EUROPEA.

1. *La scarsa attenzione tradizionalmente riservata alle questioni concernenti la legalità penale in prospettiva europea.*

Il principio di legalità — inteso nella sua più ampia accezione, comprensiva anche del principio di irretroattività — costituisce, per unanime opinione, il primo, fondamentale cardine del diritto penale. In esso confluiscono una serie di questioni, a carattere volta a volta formale o sostanziale, distinte ancorché tra loro connesse: l'individuazione delle fonti deputate a varare norme in materia criminale; la formulazione delle norme penali in vista della puntuale conoscibilità dei relativi contenuti; le possibili forme di interpretazione di tali norme; la successione delle leggi e dei giudicati penali. Appare quindi naturale che, tra i mille argomenti correlati all'attuale processo di europeizzazione del diritto penale (1), quello della legalità occupi un ruolo assolutamente centrale.

Pure, sino ad oggi, al tema della legalità penale è stato riservato un ruolo alquanto defilato all'interno del dibattito che accompagna il processo di costruzione europea; dibattito nell'ambito del quale, per contro, posizione di assoluta centralità ha assunto il tema, pur inscindibilmente legato al primo, del c.d. "deficit democratico", concernente per l'appunto il difetto di legittimità democratica del processo decisionale comunitario.

Sembrerebbe quasi superfluo esporre le cause di questo, almeno tendenziale, disinteresse per la legalità penale in prospettiva europea, tanto evidenti esse appaiono. Basterà qui ricordare che l'assenza sino ad oggi di un vero e proprio diritto penale europeo induceva a sorvolare sulle relative tematiche legaliste; che, rispetto a queste ultime, le diversità di approccio sovente riscontrabili tra gli Stati dell'Unione rendono oltremodo difficile ogni dialogo e accordo al riguardo, e addirittura tendono a far entrare in crisi il concetto

---

(1) In relazione al quale sia consentito rinviare a BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

stesso di legalità; che, infine, l'attuale configurazione dell'Unione europea in tre pilastri distinti anche se non soprattutto sul piano della legalità (2) è di ostacolo ad un approccio unitario al tema in oggetto (3).

1.1. *Lo specifico oggetto della trattazione: il principio di riserva di legge al vaglio dei testi penali di derivazione CE.*

Nondimeno, sembra ormai giunto il momento di por fine a tale disinteresse. Naturalmente, questo lavoro non ha la pretesa di sviluppare in modo articolato questioni che richiederanno certo molti anni di riflessione da parte degli studiosi di diritto penale, diritto costituzionale, diritto europeo; esso si prefigge soltanto di stimolare un dibattito che, per le ragioni che vedremo, appare non più procrastinabile.

In questa sede si farà riferimento essenzialmente ai problemi legalistici relativi al corollario della riserva di legge, trascurando quelli, pur fondamentali, relativi ai requisiti qualitativi della norma penale: vale a dire, rifacendosi alla distinzione accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU), ai requisiti di *accessibilità* e di *prevedibilità* (quest'ultimo, a sua volta, correlato alla *determinatezza* e alla *interpretazione ragionevole*) di tale norma (4). Requisiti, questi, peraltro indubbiamente posti in crisi dagli attuali processi di interpenetrazione tra disposizioni

---

(2) Non è questa la sede per dilungarsi sul fatto che il secondo ed il terzo pilastro (aventi ad oggetto, rispettivamente, "Disposizioni sulla politica estera e di sicurezza comune" e "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale") si improntano in larga misura ad un metodo intergovernativo idealmente contrapposto al metodo comunitario proprio del primo pilastro (Tr. CE), e presentano un *deficit* di legalità particolarmente evidente, a causa della carenza di "forme di garanzia di tipo politico-parlamentare e giurisdizionale": così ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, p. 2, nt. 3, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(3) Come si sa, la configurazione in tre pilastri dell'Unione europea, prevista dal Trattato di Maastricht del 1992 e tuttora attuale, dovrebbe venir meno con l'entrata in vigore del Trattato costituzionale europeo del 2004, il quale tra l'altro dispone un generale riassetto dei meccanismi della produzione normativa "europea" diretto alla loro omogeneizzazione e "comunitarizzazione", con conseguente espansione del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sugli atti di diritto derivato e sulle relative norme interne d'attuazione. Senza con questo voler anticipare un futuro oltretutto assai incerto (cfr., *infra*, *sub* par. 2.2), nel presente lavoro il principio di legalità penale europea verrà essenzialmente analizzato nella prospettiva del primo pilastro, dunque del "metodo comunitario".

(4) Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, p. 259 ss.

comunitarie e disposizioni penali interne ([5]). Il discorso si incentrerà dunque sui meccanismi di produzione di quelli che possono essere definiti, in prima approssimazione, i testi penali di derivazione CE, cercando di vagliare quanto in essi vi sia di realmente "legislativo". Si tratterà, in ogni caso, di un discorso più ampio di quello effettuato, in un precedente lavoro, con specifico riferimento all'apporto di legalità/democraticità fornito ai suddetti testi penali dagli organi italiani coinvolti nelle cosiddette fasi ascendente e discendente dell'*iter* normativo comunitario ([6]).

2. *Le ragioni dell'attuale rilevanza assunta dal tema della legalità penale in prospettiva europea.*

Tre fattori soprattutto rendono oltremodo attuale il tema concernente il principio di legalità penale in prospettiva europea.

Il primo è costituito dal fatto che il Trattato costituzionale europeo del 2004 ([7]), nel riordinare le competenze dell'Unione ponendo fine al sistema "per pilastri" e alla conseguente differenziazione dei rispettivi meccanismi di produzione normativa, attribuisce in modo esplicito la possibilità di introdurre testi sovranazionali a contenuto penale ([8]).

([5]) Processi, invero, ormai evidenti da alcuni decenni, e sovente destinati a porre la complessiva disciplina sanzionatoria di risulta in tendenziale tensione con le esigenze di conoscibilità e tassatività di quest'ultima. In argomento cfr., *amplius* e per tutti, DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, cap. I, par. 5, in corso di pubblicazione; BEAUVAIS, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, thèse doctorale, Paris, 2006, p. 475 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

([6]) Cfr. BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, p. 59-144.

([7]) Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

([8]) Al riguardo, si potrebbe essere addirittura tentati di affermare che il Trattato costituzionale del 2004, ove entrasse in vigore, porrebbe fine alle molteplici polemiche circa la sussistenza e la delimitazione di poteri penali in ambito CE e UE (in merito a tali polemiche cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 41 ss.; ID., *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 244 ss., nt. 5 e 6; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, *passim*; RIONDATO, C*ompetenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, *passim*; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 13 ss.; VERVAELE, L'applicazione del diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro?, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 507 ss.

In realtà – come del resto inevitabile all'interno di processi riformistici così profondamente innovativi, appare davvero illusorio che le norme a carattere penale del trattato in questione non siano destinate a sollevare, a loro volta, problemi anche assai complesso.

Il secondo fattore attiene al fatto che, come noto, il suddetto Trattato non è ancora entrato in vigore, e che la diffusa convinzione secondo cui l'Europa debba comunque darsi un ordinamento costituzionale non preclude la possibilità che il testo in futuro approvato possa essere oggetto di modifiche rispetto a quello attualmente sottoposto alle procedure di ratifica: donde l'eventualità che un dibattito sulla legalità in chiave europea possa suggerire riforme idonee a innalzare il tasso di democraticità e di accessibilità/determinatezza degli atti legislativi dell'Unione e, di conseguenza, idonee a favorire l'accettazione, da parte dei Paesi membri, di norme penali di fonte europea.

Il terzo fattore prescinde dal Trattato costituzionale europeo e dai suoi incerti destini, e consiste nella recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al problema (ormai risolto in senso positivo) concernente la legittimità delle direttive di armonizzazione penale, con conseguente riproposizione e valorizzazione dei problemi in tema di legalità correlati al prepotente ingresso di tali nuove fonti in materia criminale.

2.1. *L'esplicita previsione di una competenza penale UE nel Trattato costituzionale del 2004.*

Con riferimento al primo fattore, cioè alla possibilità, riconosciuta dal Trattato costituzionale del 2004, di introdurre testi sovranazionali a contenuto penale, alcune precisazioni si impongono.

Certamente, tale Trattato non giunge a riconoscere una generale competenza penale in capo ad un'Unione europea ormai quasi completamente improntata al "metodo comunitario" ([9]), e dunque non ribalta del tutto gli attuali rapporti tra attribuzioni dell'Unione e attribuzioni dei Paesi membri in materia criminale. Ma è indubbio che esso ormai non si limita a prevedere una generica competenza sanzionatoria a carattere amministrativo in capo all'Unione ([10]), bensì attribuisce a quest'ultima

---

([9]) Peraltro, il Trattato costituzionale prevede il mantenimento del criterio dell'unanimità o dell'accordo comune in molti ambiti, alcuni dei quali assolutamente essenziali: si pensi, ad esempio, alla politica estera e difesa, alle risorse finanziarie, agli accordi internazionali più importanti, al diritto fiscale.

([10]) Competenza, questa, da un lato già espressamente prevista dall'art. 83 Tr. CE; dall'altro lato adombrata da ulteriori norme di tale Trattato, le quali sembrano ammettere la possibilità di adottare atti comunitari corredati di specifiche misure punitive, quando tali misure si rivelino "utili" o "necessarie" al raggiungimento degli obiettivi prefissati dagli atti in questione. In argomento cfr., per tutti, Böse, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996; Heitzer, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1997, p. 47 ss.; Grasso, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione*

significative prerogative penali. In particolare, tale Trattato pone in capo all'Unione una competenza penale indiretta (attraverso il ricorso a leggi quadro europee, chiamate a sostituire le attuali direttive comunitarie) ([11]), al fine di ravvicinare tra loro le norme penali dei Paesi UE nel vasto settore della criminalità grave a carattere transnazionale (art. III-271.1) ([12]) nonché, se necessario, negli ulteriori settori oggetto di misure di armonizzazione (art. III-271.2) ([13]). Inoltre, il Trattato in questione sembra addirit-

---

europea, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, p. 1171-1172; RIONDATO, C*ompetenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 53 ss.; MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, a cura di Grasso, Milano, 2000, p. 149 ss.; PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 149 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Comunity. Tovards a System of European Administrative Sanctions?*, in *Administrative Law Application and Enforcement of community Law in the Netherlands*, Deventer, 1994, p. 161 ss.).

In virtù di questa duplice base giuridica, sono state varate due differenti categorie di regolamenti comunitari: la prima prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere accentrato", costituite da ammende e indennità di mora irrogate e direttamente applicate dalle istituzioni comunitarie (peraltro, circa l'attuale processo di "decentralizzazione" di tali sanzioni comunitarie, perseguito coinvolgendo maggiormente gli Stati membri e le rispettive amministrazioni nell'applicazione della normativa sulla concorrenza comunitarie e della relativa disciplina sanzionatoria, cfr. reg. 1/2003 del 16 dicembre 2002 "relativo all'attuazione delle regole di concorrenza previste agli artt. 81 e 82 del trattato CE", considerando 34 e 35; in dottrina BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, relazione svolta a Catania il 10 giugno 2005 nell'ambito del Convegno "L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia", in corso di pubblicazione, par. 5.1.); la seconda prevede le cosiddette "sanzioni amministrative CE a carattere decentrato", costituite da misure interdittive e/o patrimoniali irrogate dalle istituzioni comunitarie ma applicate dalle autorità amministrative degli Stati membri.

([11]) Tale forma di competenza non si traduce dunque nel fissare direttamente delle norme penali attraverso atti legislativi europei, ma piuttosto nell'obbligare gli Stati membri, attraverso i suddetti atti, a imporre sanzioni penali in attuazione del diritto europeo. Cfr., sia pure con riferimento al diverso quadro normativo attualmente delineato dai Trattati, la *Risoluzione del Parlamento europeo sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario* (2001/2151(INI)), in *GUUE* C 76 del 25.3.2004, p. E /225, lett. D, definisce "metodo misto" tale forma di competenza penale 'comunitaria'.

([12]) "La legge quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni".

([13]) "Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire

tura riconoscere all'Unione anche una circoscritta competenza penale diretta (attraverso il ricorso a leggi europee, chiamate a sostituire gli attuali regolamenti comunitari) per unificare le norme penali in materia di frodi comunitarie (art. III-415.4) ([14]).

Appare di tutta evidenza, allora, che il problema relativo alla sussistenza presso i nuovi atti normativi dell'Unione di quelle garanzie legali che contraddistinguono i testi normativi nazionali in materia penale diventi una questione di assoluta centralità. E ciò, anche a prescindere dal fatto che il Trattato costituzionale sia ancora *sub iudice* e che taluni dei suoi contenuti siano attualmente sottoposti a critiche da una parte della pubblica opinione.

---

l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, la legge quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione. Essa è adottata secondo la stessa procedura utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo III-264". Si vedano, al riguardo, le osservazioni di PICOTTI, *Il* Corpus Juris 2000*. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il* Corpus Juris 2000*: Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di Picotti, Padova, 2004, p. 76.

([14]) In base al quale "La legge o legge quadro europea stabilisce le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di offrire una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. È adottata previa consultazione della Corte dei conti". In dottrina cfr. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 8-9; PICOTTI, *Il* Corpus Juris 2000. *Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, cit., p. 85 ss. Cfr., altresì, MUSACCHIO, *Diritto penale e Costituzione europea,* in *Giust. pen.,* V, 2004, pag. 730 ss.; RIONDATO, Dal mandato di arresto europeo al libro verde sulle garanzie, alla Costituzione europea. Spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 3-4/2004, pag. 1128 e ss. Anche la possibilità di istituire una procura europea "per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" (art. III-274) sembra ribadire in modo implicito la competenza dell'Unione a creare in tale settore fattispecie penali per mezzo di una legge europea. In questo senso cfr. MANACORDA, *Los extrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constituciónal*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss. Peraltro, per una lettura del Trattato costituzionale volta a disconoscere la possibilità di utilizzare lo strumento della legge europea in materia penale cfr. GRASSO, *Prefazione. Il* Corpus juris *e il progetto di "Costituzione per l'Europa"*, *Il* Corpus juris 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003, p. 24-25; ID., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, p. 381-382.

2.2. *L'incerto futuro del Trattato costituzionale europeo e l'eventuale revisione delle sue norme sull'esercizio delle competenze dell'Unione.*

In ogni caso, l'analisi del principio di legalità penale in prospettiva europea si rivela di particolare interesse anche alla luce degli attuali dubbi sui destini del Trattato costituzionale, e dell'eventualità che una parziale riforma di quest'ultimo possa rilanciarne l'immagine agli occhi dei Paesi dell'Unione meno favorevoli all'attuale processo costituente europeo.

È infatti risaputo che in questi ultimi tempi sembra essersi notevolmente affievolita la "volontà costituente" dei Paesi UE ([15]). Più precisamente, quando gli Stati membri si sono trovati ad esprimere questa volontà "in forme adeguate dal punto di vista democratico, coinvolgendo in modo significativo i cittadini" ([16]), la già latente crisi dell'attuale fase di integrazione europea è stata impietosamente messa a nudo dal fallimento dei referendum francese e olandese ([17]). Senza per questo giungere a ipotizzare — come pur si è fatto — che l'Unione si dissolva in una grande zona di libero scambio, si potrebbe allora essere tentati di condividere la posizione di quei politici europei per i quali la c.d. Costituzione europea può considerarsi "morta ed occorre dunque ripartire da zero privilegiando (...) la via di accordi intergovernativi o cooperazioni rafforzate sulle singole politiche" ([18]).

([15]) L'espressione è qui utilizzata in senso volutamente improprio. Per una lucida analisi del problema della "volontà costituente" nel processo europeo di costituzionalizzazione cfr. CARTABIA, *Il Trattato costituzionale per l'Unione europea e la volontà costituente degli Stati membri*, Bozza provvisoria in http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/Cartabia.doc

([16]) CARTABIA, *Il Trattato costituzionale per l'Unione europea e la volontà costituente degli Stati membri*, cit., p. 2. In argomento cfr., altresì, le considerazioni di PINELLI, *Ratifica e referendum: verso la conclusione del processo costituente europeo?*, in *Pol. dir.,* 2005, p. 69 ss.

([17]) Occorre tuttavia sottolineare, in una prospettiva parzialmente diversa, che per una parte dei commentatori europei il fallimento del Trattato costituzionale del 2004 non sia ascrivibile tanto al "no" di Francia e Olanda, quanto piuttosto al "vizio congenito" di prevedere la regola dell'unanimità per la sua adozione. Cfr., da ultimo e per tutti, MOUSSIS, *La Constitution est morte! Vive la Constitution*, in *Rev. Marché commun Un. Eur.*, 2006, p. 151 ss.

([18]) DASTOLI, *Attendendo la Costituzione europea*, in C:\Lavori\Commissione Europea - Rappresentanza in Italia.htm L'A. sottolinea come questa sia "la tesi del ministro degli esteri olandese, che si fa forte dell'orientamento maggioritario dei suoi cittadini, condivisa dai presidenti [euroscettici] polacco e ceco ma anche da Dominique Strauss-Kahn in Francia, che aspira alla presidenza della Repubblica, e dal Presidente uscente del Senato in Italia Marcello Pera il quale si è fatto portavoce di una vasta area di politici ed intellettuali conservatori che associa il "no" alla Costituzione europea alla difesa delle radici giudaico-cristiane dell'Europa" (par. 5).

Del resto, un po' ovunque non mancano esponenti politici propensi a rivalorizzare meccanismi di integrazione flessibili e variamente denominati (Europa "a più velocità" "a cerchi concentrici" "a geometria variabile", e dunque "nucleo duro", "avanguardia di Paesi", ecc.), ovvero ad auspicare modifiche direttamente operanti sul testo del Trattato costituzionale ("mini Trattato", "entrata in vigore selettiva di parti del Trattato", ecc.); meccanismi e modifiche che presuppongono, all'evidenza, un'evoluzione dell'Unione diversa da quella prospettata dal Trattato del 2004.

Dato questo clima di grandi contrasti e incertezze, è stata indubbiamente opportuna la decisione presa nel giugno 2005 dal Consiglio europeo di aprire una pausa di riflessione sulla Costituzione europea ([19]) comprendente anche tutto il periodo della presidenza austriaca; pausa che, secondo una recente risoluzione del Parlamento europeo ([20]), dovrebbe peraltro prolungarsi sino alla conclusione del semestre di presidenza tedesca del Consiglio nel giugno 2007, in modo da poter tener conto dell'andamento delle prossime elezioni in Francia e in Olanda.

Resta il fatto che, nonostante tutto, le ratifiche del trattato costituzionale si sono susseguite anche successivamente ai 'no' della Francia e dell'Olanda. Così, dopo che il 16-17 giugno 2005 il Consiglio europeo ha stabilito di lasciare agli altri Stati membri che ancora non avessero deciso, la possibilità di sospendere o meno i processi di ratifica in corso, il Trattato costituzionale è stata ratificato tramite referendum dal Lussemburgo il 10 luglio 2005, e per via legislativa da Malta il 6 luglio 2005, dal Belgio l'8 febbraio 2006 ([21]), dall'Estonia il 9 maggio 2006 ([22]) e della Finlandia il 5 dicembre 2006 ([23]). Anche i due Paesi (Bulgaria e Romania) entrati a far parte dell'UE il 1° gennaio 2007 hanno già ratificato il suddetto

---

([19]) In merito alla quale cfr. l'esauriente documentazione rinvenibile in http://www.europarl.eu.int/meetdocs/2004_2009/organes/afco/afco_20051215_0900.htm

([20]) *"Risoluzione del Parlamento europeo sul periodo di riflessione: struttura, temi e contesto per una valutazione del dibattito sull'Unione europea (2005/2146(INI))"* approvata il 19 gennaio 2006 a Strasburgo, in http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0027+0+DOC+XML+V0//IT&LEVEL=2&NAV=X&L=IT.

([21]) Cfr., per tutti, ZILLER, *La Constitution pour l'Europe, parlons-en!*, in *Rev. Marché commun Un. Eur.*, 2006, p. 147. Viceversa, Danimarca, Gran Bretagna e Polonia hanno deciso di congelare *sine die* i rispettivi processi di ratifica rinviando il referendum. Per ulteriori dettagli in argomento cfr. *Il parlamento europeo in Italia*, in http://www.europarl.it/costituzione/ratifiche/punto_costituzione.asp#belgio1

([22]) Per un aggiornato e dettagliato esame dello stato di avanzamento delle procedure nazionali relativamente alla ratifica del trattato costituzionale europeo cfr. http://europa.eu/constitution/ratification_fr.htm

([23]) Cfr., *amplius*, http://europa.tiscali.it/futuro/news/200612/07/finlandia.html

Trattato ([24]): cosicché sono ormai diciotto i Paesi che hanno completato le procedure richieste per l'entrata in vigore di quest'ultimo ([25]), mentre alcuni altri Paesi stanno per completarle ([26]).

Si può aggiungere, volendo, che attualmente anche le principali ragioni della bocciatura della Costituzione al referendum francese sono ormai venute meno ([27]) e che il 2 febbraio 2006 a Oxford lo stesso Tony Blair ha sottolineato la necessità di riaprire il dibattito sulla Costituzione europea ([28]).

Tutti questi episodi lasciano ben sperare, o quantomeno consentono di continuare a confidare nel fatto che non risulti vanificato il grande lavoro svolto dalla Convenzione europea dal 2002 al 2003 ([29]). Del resto, nella succitata risoluzione ([30]), il Parlamento europeo ha auspicato che la Costi-

---

([24]) Cfr. http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2005:157:SOM:IT:HTML

([25]) Vale a dire, la maggioranza degli Stati UE, esprimenti a loro volta la maggioranza della popolazione UE; o meglio, non solo la doppia maggioranza proposta dalla Convenzione europea del 2002 e 2003 — secondo la quale in sede europea le decisioni sarebbero state acquisite quando approvate dal 50% degli stati corrispondenti al 50% degli abitanti dell'UE — ma con ogni probabilità anche quella prevista dal testo della parte I del Trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004, il quale (a conclusione di difficili negoziati, in particolare fra Francia e Germania da una parte, Spagna e Polonia dall'altra) ha introdotto un sistema di doppia maggioranza molto più complicato che innalza le soglie e aggiunge ulteriori criteri. Sull'attuale sistema di doppia maggioranza cfr. FRASSONI, PROSSLINER, *Ue: Elementi per la valutazione della Costituzione europea*, in http://italy.peacelink.org/europace/articles/art_9087.html

([26]) Più precisamente — come sottolineato da DASTOLI, *Quinto appuntamento con gli avvenimenti legati all'avvenire dell'Ue*, in http://ec.europa.eu/italia/news/10b7f607361.html; ID., *Sesto appuntamento con gli avvenimenti legati all'avvenire dell'Ue*, in http://ec.europa.eu/italia/news/10c43f90503.html — il Parlamento svedese dovrebbe ratificare dopo le elezioni legislative del 24 settembre 2006, mentre in Portogallo il referendum dovrebbe slittare al 2007 e in Irlanda si dovranno verosimilmente attendere le elezioni legislative del maggio 2007. Resta incerta la situazione in Danimarca, Repubblica Ceca, Polonia e Regno Unito.

([27]) Cfr. FORNARA , *L'Europa e il fattore C* , in *Le dodici stelle settimanale*, n. 25, 22 novembre 2006, per il quale tre erano essenzialmente le cause di tale bocciatura: "il timore dell'invasione da parte dell'idraulico polacco, legato alla liberalizzazione dei servizi proposta all'epoca dalla cosiddetta 'Direttiva Bolkenstein'; la questione della Turchia e della sua adesione nell'Unione europea; e infine le ragioni di politica interna francese, legate alla prospettiva dell'elezione del nuovo Presidente nel 2007 (...). In una sola settimana, quella appena passata, tutti questi tre elementi sono stati, per ragioni diverse e slegate tra loro, smontati..." .

([28]) Cfr. *Speech on future of Europe*, in http://www.pm.gov.uk/output/Page9003.asp

([29]) Cfr., al riguardo, l'impressionante mole di documenti rinvenibile consultando *Convenzione europea, Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (18.07.2003)*, in http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=IT

([30]) Cfr., *supra*, *sub* nt. 15.

tuzione possa entrare in vigore alla data originariamente prevista del giugno 2009 ([31]); e tale auspicio è stato fatto proprio dai governi austriaco, belga, lussemburghese, portoghese, spagnolo, e soprattutto dal governo tedesco, cui, come si è detto, sarà affidata la presidenza dell'Unione nel primo semestre del 2007 ([32]). Quanto alla Francia, a sostegno dell'"obiettivo 2009" si è costituito un ampio movimento di opinione (denominato *Sauvons l'Europe*) ([33]) che sembra incontrare crescenti favori. Per finire con l'Italia, l'attuale Presidente del Consiglio — in piena sintonia col nuovo Presidente della Repubblica ([34]) e financo con alcuni settori dell'opposizione — auspica che il medesimo obiettivo possa essere raggiunto ([35]). Del resto, come è stato acutamente osservato, nel nuovo mondo multipolare che si annuncia a seguito dell'emergere ad oriente di nuove superpotenze, un'Unione europea priva di unità politica, rischierebbe di subire le attuali crisi invece di contribuire a risolverle; cosa, questa, possibile solo attraverso decisioni coraggiose improntate al metodo comunitario anche in settori attualmente

---

([31]) Cfr. DASTOLI, *Attendendo la Costituzione europ*ea, cit., p. 3. Anche nella *Risoluzione del Parlamento europeo sulle prossime iniziative per il periodo di riflessione e analisi sul futuro dell'Europa* (approvata il 14 giugno 2006 a Strasburgo, in http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?Type=TA&Reference=P6-TA-2006-0263&language=ITV) il suddetto Parlamento ha ribadito al punto 13 "il proprio obiettivo secondo cui la necessaria soluzione costituzionale dovrebbe essere già stata raggiunta quando i cittadini dell'Unione saranno chiamati a votare per le elezioni europee nel 2009". Nello stesso senso cfr., altresì, la direttrice dell'Ufficio a Milano per il Parlamento europeo CAVENAGHI SMITH, Relazione al Convegno *"Un nucleo federale per costruire l'unità politica dell'Europa"* (Milano, 7 ottobre 2006), per la quale "Il Parlamento europeo si oppone ad un'attuazione frammentaria del pacchetto e all'adozione della Costituzione solo per alcuni Stati membri".

([32]) Cfr. *"Risoluzione del Parlamento europeo sul periodo di riflessione: struttura, temi e contesto per una valutazione del dibattito sull'Unione europea (2005/2146(INI))"*, cit. "Il Parlamento europeo (...) 27. si compiace della dichiarazione del governo tedesco, secondo cui esso intende prendere iniziative riguardanti il processo di ratifica costituzionale durante il proprio periodo di Presidenza del Consiglio, nel primo semestre del 2007".

([33]) Si veda http://www.sauvonsleurope.org/

([34]) Come ampiamente segnalato da tutti gli organi di informazione, un pronto rilancio del processo di costruzione Europea è stato auspicato da Giorgio Napoletano sia il 21 maggio 2006 durante la sua prima uscita ufficiale effettuata nell'isola di Ventotene (dove negli anni '40 Altiero Spinelli, quivi confinato, scrisse il *Manifesto federalista*) sia, da ultimo, il 14 febbraio 2007 nell'ambito del Discorso del Presidente della Repubblica in occasione della visita al Parlamento europeo, nell'ambito del quale, in particolare, egli ha affermato: "È importante che già si convenga sulla necessità che alle elezioni del 2009 si possa presentare ai cittadini il Trattato costituzionale entrato in vigore, con il suo messaggio e il suo programma" (in http://www.quirinale.it/Discorsi/Discorso.asp?id=32172).

([35]) Cfr. DASTOLI, *Attendendo la Costituzione europea*, cit., p. 4.

preclusi a tale metodo, e dunque attraverso il trasferimento alla UE di ulteriori porzioni delle sovranità nazionali ([36]); e questo moltissimi uomini politici italiani ed europei appartenenti ai più diversi schieramenti lo hanno ben compreso.

Dunque, senza con ciò cullarsi in soverchie illusioni, non si può ignorare che è ancora presto per seppellire la c.d. Costituzione europea; che certo la situazione è grave ([37]) eppure al contempo aperta a molteplici, eterogenei esiti; che tutto è ancora possibile. Insomma, se è vero che, come da più parti affermato, l'attuale Trattato costituzionale dovrebbe lasciare il campo ad un "testo più snello di principi e di regole su cui si possa rimettere in moto il processo di ratifica" ([38]), non può dirsi affatto esclusa l'eventualità della entrata in vigore del Trattato di qui a tre anni, con conseguente nascita di un vero e proprio — sia pur settoriale — diritto penale europeo improntato non già al metodo intergovernativo oggi proprio del terzo pilastro UE ([39]), ma al metodo comunitario. Infatti, come del resto già in precedenza accennato ([40]), il venir meno dei tre pilastri posti a fondamento dell'Unione, e dunque delle peculiarità delle rispettive fonti normative, implicherebbe l'omogeneizzazione — nel segno di una comunitarizzazione rivista e corretta dallo stesso Trattato costituzionale — dei processi legislativi in relazione alla massima parte delle materie devolute alla competenza dell'Unione ([41]). Naturalmente, come è facile comprendere, la nascita di un siffatto diritto penale europeo

---

([36]) Cfr. Le Breton, Relazione al Convegno *"Un nucleo federale per costruire l'unità politica dell'Europa"*, cit.

([37]) In apertura del programma *Sauvons l'Europe* (http://www.sauvonsleurope.org/) si può leggere : « Après le non français, puis néerlandais, suivis de l'ajournement britannique, après l'échec du sommet européen, le traité constitutionnel est moribond. Chaque jour, l'Europe se défait un peu plus, à une vitesse stupéfiante : les opinions publiques des divers Etats manifestent scepticisme ou angoisse. Les outils forgés hier pour construire l'Europe d'aujourd'hui sont aussi touchés : l'absence d'accord sur le budget de l'Union fait peser un sérieux risque sur les politiques communes ».

([38]) Così, citando testualmente il ministro degli esteri italiano D'Alema, Dastoli, *E' possibile l'integrazione senza Costituzione?*, in http://ec.europa.eu/italia/newsletter/15_giorni/10b65fd6790.html

([39]) Vero è peraltro che gli attuali strumenti normativi previsti nell'ambito del terzo pilastro sono caratterizzati da una sorta di equilibrio tra il metodo della cooperazione intergovernativa e il metodo comunitario, onde consentire in taluni settori di interesse comune agli Stati membri la realizzazione degli obiettivi dell'Unione europea.

([40]) Cfr., *supra*, *sub* parr. 1 e 2.

([41]) Ciò implicherebbe, ovviamente, quantomeno una attenuazione delle difficoltà correlate alla scelta della base giuridica correlata a taluni provvedimenti di matrice europea. Peraltro, circa la non completa comunitarizzazione prevista dal Trattato costituzionale del 2004 cfr., *supra, sub* par. 2.1., nt. 9.

dovrebbe avvenire limitando quanto più possibile le polemiche ineluttabilmente connesse ad un parziale trapasso della competenza penale dagli Stati membri ad un'Unione ormai pienamente padrona delle sue scelte (oltretutto, caratterizzate da significativi profili di "giuridicità" anche nelle materie attualmente attribuite al "pilastro penale") ([42]); il che presuppone il riconoscimento del crisma della legalità alle fonti sovrastatuali in materia criminale. In tale prospettiva, da un lato si impone una attenta analisi dei nuovi processi di produzione normativa europea, onde appurare se il loro "tasso di legalità-democraticità" sia tale da porli al riparo da eventuali ricorsi dei Paesi UE; dall'altro lato, ove la suddetta analisi non consentisse di eliminare i dubbi sulla "legittimità democratica" dei nuovi atti legislativi europei, non sembrerebbe incongruo ipotizzare taluni ritocchi alle norme del Trattato costituzionale concernenti l'esercizio delle competenze dell'Unione (art. I-33 ss.), così da potenziare il complessivo livello di "democraticità" dei futuri atti legislativi europei.

2.3. *Il recente riconoscimento per via giurisprudenziale di obblighi comunitari di incriminazione.*

Il terzo fattore che rende estremamente attuale il tema della legalità penale europea è costituito dagli sviluppi dati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia al tema degli obblighi di incriminazione di fonte comunitaria; sviluppi sfociati nella recente affermazione, da parte dei giudici di Lussemburgo ([43]), della possibilità di imporre in taluni casi agli Stati mem-

---

([42]) Laddove per contro gli atti normativi tipici del terzo pilastro (cioè, in definitiva, le decisioni quadro) sono attualmente privi di efficacia diretta (cfr. art. 34, lett. *b)*, *in fine* TUE) ed inoltre in linea di principio parrebbero, almeno secondo la concezione prevalente, non supportati in caso di inadempimento dalle procedure di cui agli artt. 226 ss. TCE.

([43]) Corte di giustizia, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*). In merito a tale sentenza cfr., in dottrina, VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.; MANACORDA, Judicial activism *dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 947; SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773 ss. Circa le prime reazioni ufficiali della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio alla sentenza in oggetto cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005* (Case C 176/03 Commission v. Council) /* COM/2005/0583 final*/; Parlamento europeo, *Progetto di relazione sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005* (C-176/03 Commissione/ Consiglio (2006/2007 (INI)); Council Of The European Union, Brussels, *Procedural consequences of the judgement of the Court of Justice in case C-176/03*, 16 February 2006, 6466/

bri ([44]), tramite direttive CE, l'adozione di sanzioni penali a tutela di beni giuridici di rilievo comunitario.

Certamente, questa tesi era da tempo sostenuta sia da numerosi studiosi ([45]), sia dagli stessi organi comunitari ([46]), tant'è che molti progetti di direttive siffatte erano stati via via elaborati ([47]).

Certamente, in una convergente prospettiva, una parte della dottrina ([48]) non aveva mancato di rilevare che già gli sviluppi dati dalla Corte di giustizia al principio di "fedeltà comunitaria" ([49]) — attraverso l'elaborazione dei due

---

06, No. prev. doc. : 6053/06 JAI.

([44]) Vale a dire, come specificato al punto 48 della succitata sent. 13 settembre 2005, "allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni (...) gravi".

([45]) In particolare, si affermava che gli artt. 94 e 95 (in precedenza, artt. 100 e 100A) Tr. CE avrebbero legittimato la creazione di direttive a contenuto penale, il cui *deficit* democratico sarebbe risultato sanato dalle relative leggi nazionali di attuazione. Cfr., per tutti e limitatamente alla letteratura in lingua italiana, BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 163 ss., e bibliografia ivi riportata; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 92 ss. e p. 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; ; ID., *Il "Corpus juris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, Prefazione a *Verso uno spazio giudiziario europeo — "Corpus juris" contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997, p. 10 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss.; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 20-21.

([46]) Con riferimento alla Commissione cfr., tra i molti documenti tesi a rivendicare una piena competenza penale della Comunità, il doc. SEC(2001)227, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione sullo stabilimento di un* acquis *relativamente alle sanzioni penali*; con riferimento al Parlamento europeo, cfr., in particolare, *Risoluzione del Parlamento europeo sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario* (2001/2151(INI)), cit., p. E /224 ss.

([47]) Cfr., limitatamente agli anni 2000, la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in *GUCE* C 240 E del 28 agosto 2001 pag. 125 ss. E cfr. altresì la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in *GUCE* C 180 E del 26 giugno 2001, pag. 238. Addirittura, in tempi precedenti la Commissione aveva presentato al Consiglio persino proposte di regolamento a contenuto penale. Cfr. la proposta 30 giugno 1970 "relativa ad una società per azioni europea", in *Riv. soc.*, 1970, II, p. 1261.

([48]) Cfr. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario",* cit., p. 81-82; da ultimo SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 226, nt. 150.

([49]) In base al quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi

sottoprincipi *"di assimilazione"* e di *"effettività-proporzione-dissuasività"* delle scelte sanzionatorie nazionali attuative del diritto comunitario ([50]) — non si limitavano a perseguire una rudimentale armonizzazione di tali scelte indifferente all'opzione tra carattere penale o amministrativo di queste ultime; ma, al contrario, finivano col sancire, in taluni casi, veri e propri obblighi di incriminazione a carico di tali Stati ([51]).

Certamente, in una ulteriore ma sempre convergente prospettiva, a taluni ([52]) non era sfuggita l'esistenza di particolari norme comunitarie dotate di effetti "immediatamente incriminatori" ([53]); di norme comunitarie,

---

facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti".

([50]) Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc*., 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONDATO; sent 18 ottobre 2001, causa 354/99 (*Commissione c. Irlanda*), in *Racc.*, 2001, p. I-7657; sent. 3 luglio 2001, causa 297/00 (*Commissione c. Lussemburgo*), in *Racc.*, 2001, p. I-5189;sent. 30 settembre 2003, causa C-167/01 (*Inspire Art*), in *Racc*., p I-10155; sent. 15 gennaio 2004, causa C-230/01, (*Penycoed*), punto 36; sent. 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*), punto 65.

([51]) Infatti, in base al primo di tali sottoprincipi, per le violazioni del diritto comunitario deve essere previsto nei singoli Paesi membri un trattamento sanzionatorio analogo a quello ivi vigente per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza. Con il risultato che ove queste ultime fossero punite in sede penale, sussisterebbe per l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione penale anche le corrispondenti violazioni comunitarie. In base poi al secondo dei suddetti sottoprincipi, le violazioni del diritto comunitario devono essere punite con sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive. Con il risultato che, secondo quanto chiarito dalla stessa Corte di giustizia, in relazione alle violazioni più gravi e connotate di allarme sociale solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere riconosciute proporzionate. Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO. In merito all'obbligo a carico degli Stati membri (non solo di *prevedere in astratto*, ma) di *applicare in concreto* sanzioni penali in relazione a specifiche ipotesi di violazione del diritto comunitario, cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I- 6959 ss., in particolare punti 48 ss.

([52]) Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario",* cit., p. 83 ss.; DE ANGELIS, *Protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità*, in *Riv. Guardia finanza*, 1995, p. 706

([53]) Cfr., in particolare, gli artt. 5 reg. 28/62 e 5 reg. 188/64, ai sensi dei quali devono essere applicate le norme punitive vigenti negli Stati membri in materia di inchieste statistiche nazionali sia nei casi di violazione dell'obbligo di comunicare alla Commissione i dati individuali in forma anonima, sia nei casi di violazione

cioè, capaci addirittura di operare una "diretta estensione" di alcune fattispecie penali nazionali ([54]), così da implicare la creazione di vere e proprie nuove norme incriminatrici, ovvero comunque da rimodellare le suddette fattispecie penali nazionali dilatandone l'ambito applicativo.

Vero è tuttavia che i riflessi penali connessi alle norme e ai principi or ora ricordati costituivano una sorta di eccezione alla regola secondo la quale il diritto comunitario non comporta vincoli di penalizzazione ([55]); senza contare che i suddetti riflessi penali non risultavano comunque immediatamente percepibili ai governi dei Paesi membri, e dunque finivano col celare il proprio effetto dirompente e, secondo taluni, lesivo della sovranità nazionale ([56]). Non desta quindi sorpresa che, ancora in tempi assai recenti, il

---

dell'obbligo di non utilizzare i suddetti dati a scopo fiscale e di non comunicarli a terzi, sia infine e più in generale nei casi di violazione di segreti commerciali o industriali. E ancora, cfr. l'art. 19, par. 1, comma 1, reg. 1468/81, il quale sembrerebbe — almeno secondo taluni — estendere le fattispecie codicistiche in tema di segreto d'ufficio. Infine, cfr. l'art. 10, comma 4, reg. 1681/94 e l'art. 10, comma 4, reg. 1831/94, i quali stabiliscono che "Le informazioni comunicate o acquisite a norma del presente regolamento, in qualsiasi forma si presentino, sono coperte dal segreto d'ufficio e beneficiano della protezione concessa ad informazioni analoghe dalla legislazione nazionale dello Stato membro che le ha ricevute e dalle omologhe disposizioni relative alle istituzioni comunitarie". In merito a tali norme comunitarie improntate al meccanismo della "estensione diretta" di fattispecie penali nazionali, merita di essere sottolineato come esse risultino tendenzialmente confliggenti non solo con il principio-corollario della riserva di legge, ma anche con altri due principi-corollario della legalità, cioè quelli di determinatezza e "accessibilità" delle fonti penali (in merito ai suddetti principi-corollario e alla loro tendenziale confondibilità cfr., per tutti, PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 202 ss.). Per un esame dei profili di contrarietà al principio di legalità (con riferimento ai tre corollari della riserva di legge, determinatezza e accessibilità) delle fattispecie penali caratterizzate da un ambito d'applicazione "ampliato" da norme comunitarie cfr., volendo, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario, I — La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, pp. 74-96.

([54]) Per contro, ritengono le norme in questione *not self-executing* CARUSO, *Prospettive di diritto comunitario*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, Padova, 1990, p. 420; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale,* in *Foro it.,* 1995, IV, c. 63.

([55]) Al riguardo cfr., ad esempio, sent. 10 aprile 2003, causa C-40/02, (*Scherndl*), in *Racc.*, 2003, p. 12647, punto 64

([56]) In merito alla tradizionale concezione secondo la quale il monopolio delle prerogative penali costituirebbe un riflesso immediato della sovranità cfr., in generale, FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 718. Cfr. altresì, con varietà di accenti, BACIGALUPO, *Il* Corpus juris *e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Prospettive di diritto penale in Europa*, a cura di G. Grasso, Milano, 1998, p. 51; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 961; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, p. 34 ss.; HAGUENAU, *Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire,* in

Parlamento europeo lamentasse "l'incertezza che regna quanto all'esistenza di una competenza comunitaria di imporre agli Stati membri l'obbligo di comminare sanzioni penali nei casi di violazioni gravi del diritto comunitario" ([57]); e che in questa situazione di incertezza — stante la ferma opposizione della massima parte dei Paesi membri e in assenza dell'esplicito avallo (come si è visto ([58]), solo recentemente avutosi) dei giudici di Lussemburgo — i progetti di direttive a contenuto *esplicitamente* penale in precedenza ricordati si fossero sempre arenati sul nascere ([59]). Cosicché, in definitiva, le uniche direttive a carattere para-penale effettivamente varate sono state quelle che — pur lasciando chiaramente intendere al legislatore nazionale l'estrema opportunità di ricevere una attuazione sanzionatoria di tipo formalmente penale ([60]), tanto da indurre una parte della dottrina a considerare le direttive in questione "intonate in senso penalistico" ([61]) — non contenevano veri e propri obblighi di incriminazione ([62]).

Ora, è di tutta evidenza che con la sentenza 13 settembre 2005, e con le sentenze che ad essa verosimilmente seguiranno ([63]), la situazione

---

Rev. Marché com. Un. eur., 1993, p. p. 357; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 203; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza,* cit., in particolare p. 145 ss. e bibliografia ivi riportata; ROTH, *Une Communauté sans droit pénal: éléments d'analyse dans une perspective suisse*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di F. Tulkens, H.-D. Bosly, Bruxelles, 1996, p. 236 ss.; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 91 ss.; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 381 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici, TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 530.

([57]) *Risoluzione del Parlamento europeo sulle basi giuridiche e il rispetto del diritto comunitario* (2001/2151(INI)), cit., p. E /225, lett. H.

([58]) Cfr., *supra*, *sub* nt. 43.

([59]) Cfr., *supra*, *sub* nt. 47.

([60]) MANACORDA, *L'efficacia estensiva del diritto comunitario sul diritto penale*, *Foro it.*, 1995, IV, c. 65.

([61]) RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza,* cit., p. 127.

([62]) Cfr., innanzitutto, dir. del Consiglio 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)", in *GUCE*, L334 del 18 novembre 1989, p. 30 ss.; dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite", in *GUCE,* L166 del 28 giugno 1991, p. 77 ss. Cfr., altresì, dir. del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991 "relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore", in *GUCE*, L122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss..

([63]) Il riferimento è, innanzitutto, alla causa C-440/05 (*Commissione c. Consiglio*), attualmente in corso di svolgimento e anch'essa, al pari della succitata causa C-176/03, incentrata sulla richiesta di annullare una decisione quadro in materia di

può dirsi senz'altro cambiata. Appare quindi inevitabile che il manifesto riconoscimento, seppure esclusivamente in via giurisprudenziale, di una competenza della CE a varare atti contenenti obblighi di incriminazione a carico degli Stati, implichi una maggiore attenzione nei confronti del dibattito (per vero, mai del tutto trascurato dalla dottrina) ([64]) sul rispetto del principio di legalità penale in sede di produzione degli atti normativi comunitari.

3. *Le cause del difficile approccio al tema della legalità in ambito europeo.*

Se dunque, per le ragioni sopra elencate, un esame del principio di legalità penale in prospettiva europea si rivela quanto mai attuale, è altresì indubbio che tale esame costituisca un impegno non facile, almeno per due motivi.

Il primo consiste nel fatto che il principio di legalità penale assume profili alquanto differenti dall'uno all'altro dei Paesi UE; e ciò sia, in parte, per quanto concerne i suoi corollari in tema di conoscibilità (nel senso, come si è visto, di *accessibilità* e *prevedibilità contenutistica*) delle norme penali; sia, soprattutto, per quanto concerne i suoi corollari in tema di fonti deputate al varo di tali norme.

Il secondo motivo, solo in minima parte correlato al primo, risiede nella tradizionale assenza nei Trattati comunitari di un principio esplicito di legalità, e dunque nell'impossibilità di far riferimento a un principio di diritto scritto giuridicamente vincolante, atto quantomeno a incanalare gli sviluppi interpretativi in tema di "legalità europea". Il principio in esame e i contorni da esso assunti in ambito UE restano dunque affidati, come si vedrà, ad una attività di creazione e elaborazione di tipo puramente "pretorio", non certo priva di incertezze e ambiguità.

---

protezione penale dell'ambiente erroneamente fondata sul terzo pilastro dell'Unione anziché sul primo, e di sostituirla con una direttiva d'armonizzazione penale.

([64]) In argomento cfr., con varietà di posizioni, FORNASIER, *Le pouvoir repressif des Communautes européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Rev. Marché commun*, 1992, p. 413; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 92 ss. e p. 194 ss.; OEHLER, Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz, in *Festschrift Baumann*, Bielefeld, 1992, p. 565 ss.; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali,* Padova, 1993, p. 154; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss.; RIONDATO, C*ompetenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., *passim*; SIMONE, *La procedura di consultazione del Parlamento europeo nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Dir. com. scambi. intern.*, 1997, p. 443 ss.; ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration,* in *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, a cura di U. Sieber, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 53 ss.

3.1. *L'eterogeneità dei modelli legalistici nazionali.*

Per quanto innanzitutto attiene ai differenti profili assunti dal principio di legalità nei singoli Stati dell'Unione, merita innanzitutto di essere sottolineato che talune differenze si rinvengono già in relazione ai principi-corollario — tra loro strettamente connessi seppur non coincidenti — della conoscibilità della norma penale (intesa come generica possibilità per destinatari della suddetta norma di accedere ad essa ([65]) e di comprenderne i contenuti ([66])), della sua determinatezza (intesa come chiarezza e precisione della stessa, per quanto riguarda sia il precetto sia la sanzione) e della sua interpretazione ragionevole (dunque, della prevedibilità dei giudicati fondati su di essa) ([67]). Queste differenze appaiono, per certi aspetti, sorprendenti, in quanto i summenzionati principi-corollario evocano "esigenze strettamente funzionali alla stessa natura del meccanismo punitivo" ([68]), e dunque presentano, per così dire, un carattere tendenzialmente universale e "astorico" ([69]) che dovrebbe renderli poco inclini ad assumere importanza e sviluppi diversi da un sistema giuridico all'altro; ma resta il fatto che un esame attento ai profili legalistici dei sistemi giuridici europei consente di cogliere, sul punto, divergenze difficilmente confutabili, a dimostrazione del fatto che le differenti culture giuridiche nazionali riescono in qualche misura a permeare di sé persino quei corollari dei principi costituzionali meno propensi ad elaborazioni di tipo localistico-statuale.

Così, ad esempio, il sistema penale italiano sembra focalizzare la propria attenzione più sul principio di determinatezza ([70]) che su quelli di accessibi-

---

([65]) Intesa, dunque, come possibilità di disporre materialmente del testo normativo.

([66]) Laddove deve essere chiaro che la comprensibilità di un dato testo normativo non è necessariamente connessa alla determinatezza di quest'ultimo, ma dipende da ulteriori fattori quali la complessiva intelligibilità del suddetto testo da parte dei suoi destinatari.

([67]) Per ulteriori precisazioni circa il contenuto conferito a tali principi-corollario dalla Corte EDU cfr. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, cit., p. 259 ss.; non ché, più sinteticamente, *infra*, *sub* par. 4.1.2.

([68]) PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, p. 205.

([69]) Sulla connotazione illuminista e giusnaturalista di taluni corollari della legalità, atti ad esprimere le "eterne idee" di razionalità e giustizia cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. VI, 1992, p. 73 ss.

([70]) All'analisi del quale, tra l'altro, la dottrina italiana ha fornito importanti contributi. Cfr., fondamentalmente, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979. Cfr. altresì, tra gli altri, LICCI, *Ragionevolezza e significativita come parametri di determinatezza della norma penale*,Torino, 1984; MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

lità-comprensibilità (71) e di interpretazione ragionevole (72). Il sistema penale francese, particolarmente sensibile alle esigenze di conoscibilità e d'interpretazione stretta delle norme incriminatrici (cfr. art. 111-4 c.p.) (73), parrebbe privilegiare un approccio tendenzialmente opposto, anche se sembra almeno in parte trascurare il problema della legalità-prevedibilità limitatamente alla sanzione applicabile (74); il sistema danese lascia esplicitamente un certo spazio all'interpretazione analogica (75) anche a discapito di una esatta percezione dei fatti vietati (76); il sistema inglese e ancor più quello

---

(71) A tacer d'altro, l'ordinamento italiano è ricchissimo di precetti contenenti rinvii a catena, di fatto pacificamente ammessi seppure non di rado criticati dalla dottrina (cfr., in particolare, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 243 ss.). Ora tali rinvii, se in linea di principio possono non compromettere la determinatezza del combinato disposto delle norme di rinvio, sono però destinati talora a rendere pressoché inaccessibile in contenuto del precetto penale al comune cittadino.

(72) In effetti, il sistema italiano non è sinora riuscito a varare rimedi efficaci in caso di interpretazioni giudiziarie estensive e non pienamente prevedibili della norma penale, in particolare laddove esse producano effetti analoghi a quelli causati da una riforma penale dotata di efficacia retroattiva *in malam partem*: e ciò nonostante che il divieto di interpretazione estensiva a sfavore dell'imputato sia stato affermato sia dalla giurisprudenza di Strasburgo (cfr., ad esempio, Commissione EDU, 12 marzo 1962, *X. c. Belgio*, *Annuario* 5, p. 191; Corte EDU, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia, Serie A,* n. 260-A, par. 52; sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, *Raccolta*, 1996, par. 29; sent. 8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, Raccolta, 1999, par. 36; sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, par. 28. In dottrina, per tutti, JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 166; HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edimburgh, 1995, p. 279) sia da quella di Lussemburgo (Corte di giustizia, sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, (*Hoffmann-La Roche c. Commissione*), in *Racc.*, 1979, p. 461 ss. In dottrina cfr. GUILD, LESIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights*, London, Boston, 1998, p. 201-202).

(73) Peraltro, per una smitizzazione del principio di stretta legalità nel sistema penale francese, cfr. In particolare LAZERGES, *Le principe de la légalité des délits et des peines*, in *droits et libertés fondamentaux*, Paris, 1995, p. 320 ss.; nonché, da ultimo, PARISI , FERRON, *Du principe de légalité au principe de « consensualité": le démenti renouvelé du subjectivisme judiciaire par lui-même*, in *Le nouveau code pénal dix ans après,* a cura di Thomas, paris, 2005, p. 195 ss.

(74) Come noto, nel sistema penale francese le sanzioni sono tendenzialmente prive di limiti edittali, ed inoltre risultano discrezionalmente modificabili in misura significativa da parte del giudice.

(75) In effetti, ai sensi del § 1 del codice penale danese, "Può essere comminata una pena per un fatto, la cui punibilità è determinata dalla legge o che sia pienamente paragonabile ad esso".

(76) Sebbene, per vero, nella prassi giudiziaria danese il ricorso all'analogia risulta oltremodo moderato. Cfr. FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 18.

scozzese sembrano alquanto attenti, più che ad una astratta tassatività, all'accessibilità delle norme e dei principi in materia penale: accessibilità affidata, prima ancora che alla loro forma scritta (peraltro ormai largamente prevalente), ad un senso comune consolidato da decisioni giudiziarie "stabili" ([77]) in quanto improntate al meccanismo del precedente vincolante ([78]).

Osservazioni non dissimili potrebbero essere occasionate, poi, dall'esame dei principi di retroattività sfavorevole ("occultamente" tollerato in taluni Paesi UE ([79])) e di retroattività favorevole, in alcuni Paesi europei pienamente costituzionalizzato, in altri sottoposto a limiti ed eccezioni di varia entità. Più in generale, è indubbio che un esame comparatistico in tema di efficacia della legge penale nel tempo rivela una realtà alquanto frastagliata a livello europeo ([80]).

In ogni modo, come del resto facilmente prevedibile, all'interno dell'Unione differenze molto più accentuate sono riscontrabili con riferimento a quei corollari del principio di legalità d'impronta più marcatamente storico-politica. Ai corollari concernenti, cioè, il problema di quali siano gli organi meglio attrezzati per creare norme penali; problema la cui soluzione risulta fortemente condizionato dalla cultura del tempo e del luogo, e in particolare dalla forma assunta dallo Stato in un dato momento storico. Al riguardo infatti sembra possibile affermare che — sebbene siano ormai lontani i tempi dello Stato assoluto e della concentrazione nel monarca del potere in tutte le sue diverse articolazioni, sebbene non cessi di essere sottolineato il processo di avvicinamento tra i sistemi di *civil* e di *common law* ([81]), sebbene un po'

([77]) Laddove, per contro, l'esigenza di stabilità dei contenuti normativi viene disattesa da una legislazione penale spesso soggetta a mutamenti nient'affatto necessari.

([78]) In argomento cfr., fondamentalmente, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999, *passim*.

([79]) Vale a dire nei Paesi in cui si tollera che si possa essere condannati per fatti che fino allora, per giurisprudenza costante, venivano ritenuti leciti. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, CADOPPI, *Il principio di irretroattività,* , in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, p. 193 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, 1999, p. 111 ss.; FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, Jovene, 2003, p. 97.

([80]) Cfr., da ultimo, FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, cit., p. 22. ss.

([81]) Anche se, per vero, innumerevoli sono ormai gli scritti tesi a sottolineare un evidente processo di ravvicinamento tra le aree di *civil law* e di *common law*. Cfr., in generale e per tutti, BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 78 ss.; CAPPELLETTI, *The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference or No Difference at All?* in *Festschrift für K.Zweigert zum 70 Geburstag,* Tübingen, 1981, p. 381 ss.; GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in

ovunque si affermi un fenomeno di progressiva "tecnicizzazione" delle prescrizioni legali destinato a valorizzare il ruolo dell'amministrazione (locale, nazionale ed europea) in sede di formulazione dei testi penali ([82]) — ancora alquanto mutevoli da uno Stato all'altro dell'Unione risultano essere le convinzioni in ordine a quali siano gli organi nazionali ritenuti meritevoli di varare norme penali, e in ordine a quali debbano essere i loro rispettivi limiti di operatività. Al riguardo appare dunque naturale che tuttora i sistemi di *civil law*, tradizionalmente portati a valorizzare innanzitutto, nella legalità penale, i contenuti di democraticità e di astratta uguaglianza, esprimano — almeno in linea di massima — una netta preferenza per gli organi di natura parlamentare e per le relative fonti normative: con conseguente mantenimento (pur tra mille deroghe e senza con questo negare le crescenti funzioni normative del Governo) del principio-cardine della riserva di legge. Del pari, risulta naturale che i sistemi di *common law*, pur nella consapevolezza della crescente importanza della legge scritta, continuino a tenere in somma considerazione il ruolo dei giudici, e dunque a prestare particolare attenzione alla dimensione applicativa del diritto, o se si preferisce alla "giustizia del caso concreto". Giustizia che a volta parrebbe potersi pienamente affermare solo a prescindere da vincoli formali troppo stringenti, dunque in assenza di norme scritte, ovvero in presenza di norme scritte liberamente interpretabili, e comunque di un sistema capace di lasciare un ampio ruolo al giudice in sede di apprezzamento del disvalore dei singoli

---

Trattato di diritto comparato, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 44 ss.; GORDLEY, *"Common law" v. "civil law". Una distinzione che va scomparendo?,* in *Scritti in onore di R. Sacco, a cura di P. Cendon*, Milano, 1994, p. 559 ss.; LAWSON, *The Family Affinities of Common-Law and Civil-Law Systems*, in *Hastings Intern. Comp. Law Rev.*, 1982, p. 103 ss.; LUPOI, *Common Law e Civil Law, alle radici del diritto europeo*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 431 ss.; SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen,* cit., p. 45 ss. e bibliografia ivi riportata; SAMUEL, *System und Systemdenken - Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law,* in *ZEuP,* 1995, p. 375 ss.; STEIN, *I fondamenti del diritto europeo,* Milano, 1987, *passim*, in particolare p. XIII; ZIMMERMANN, *Der Europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen Civil Law und Common Law,* in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht,* 1993, p. 1 ss. Cfr. altresì, in prospettiva strettamente penalistica e con varietà di accenti, CADOPPI, *Dalla* judge made law *al* criminal code, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1992, p. 974; ID., *Towards a European Criminal Code?*, cit., p. 2 ss.; DELMAS-MARTY, *Politique criminelle d'Europe*, cit., p. 59 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo,* cit., p. 4; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo,* cit., p. 200; SCHULZE, *Il contributo italiano al diritto penale nel tardo ottocento,* in *Problemi istituzionali e riforme nell'età crispina,* Sorrento, 1990.

([82]) Vero è che il processo di c.d. amministrativizzazione del diritto penale è dovuto anche ad altre cause, prima fra tutte la proliferazione di fattispecie incentrate sull'atto amministrativo, inteso quale strumento di bilanciamento degli opposti interessi in gioco.

episodi così come del tipo/entità della sanzione applicabile in relazione ad essi ([83]).

Un'indiretta controprova delle perduranti, profonde differenze riscontrabili tra gli Stati UE in merito al versante "storico" del principio di legalità si ricava dall'esame dell'art. 7 CEDU ("Nessuna pena senza legge") e dei suoi sviluppi interpretativi. Infatti, come meglio vedremo in seguito ([84]), tale articolo, se da un lato è stato oggetto di una implementazione da parte dei giudici di Strasburgo capace di conferire un contenuto sufficientemente articolato e dettagliato ai corollari astorico-universali della legalità, dall'altro lato presenta, rispetto ai corollari storico-politici di quest'ultima, un vuoto normativo che nessuna attività interpretativa della Corte EDU ha potuto o voluto colmare. Del resto, come anche in questo caso avremo modo di sottolineare nella seconda parte di questo lavoro, quei testi europei che a distanza di cinquanta e più anni dal varo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono 'ritornati' sul principio di legalità (art. 49 della Carta europea dei diritti del 2000, art. II-109 del Trattato costituzionale europeo del 2004) non hanno nemmeno provato a eliminare questa lacuna, dimostrando che ancor oggi in Europa non esiste un sentire condiviso in merito a quali siano gli organi legittimati alla produzione delle norme penali.

3.2. *L'assenza nei trattati europei di un principio scritto di legalità.*

Come già ricordato, il secondo motivo per cui risulta ostico esaminare il principio di legalità penale in prospettiva "europea" risiede nella tradizionale assenza nei trattati comunitari di un principio esplicito di legalità.

Del resto, secondo taluni ([85]), l'originario carattere tecnico-economico dei testi in questione rendeva non certo ineludibile al loro interno la presenza di un catalogo di principi generali e diritti fondamentali ulteriore e più ricco di quello necessario a regolamentare un'area di libero scambio ([86]). Anzi, per una parte della dottrina, l'inserimento di un siffatto

---

([83]) In merito alla "persistente vitalità del *judicial law making*" nel diritto penale inglese cfr., emblematicamente, PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p. 195 ss.

([84]) Cfr., *infra*, *sub* par. 4.1.2. ss.

([85]) Cfr., sul punto, le osservazioni di TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, Amsterdam, 1878, p. 107.

([86]) Il riferimento è, innanzitutto, ai principi/diritti concernenti: il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità (art. 12 Tr. CE); il divieto di restrizioni quantitative all'importazione nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente (art. 28 Tr. CE); la libera circolazione dei lavoratori e degli operatori economici in genere (artt. 39, 43, 49 Tr. CE); il divieto delle restrizioni ai movimenti di capitali (art. 56 Tr.

catalogo avrebbe significato dilatare notevolmente (e forse, per taluni Stati, "minacciosamente") il campo d'azione degli organi comunitari, estendendolo anche ad interessi di tipo latamente politico ([87]). Certo, quella appena ricordata non era una tesi universalmente condivisa, tant'è che già da alcuni decenni l'assenza di un tale catalogo veniva considerata, in una differente prospettiva, "un tratto regressivo d'un documento [il Tratatto di Roma] altrimenti progressista" ([88]). Ma in ogni caso molto tempo è dovuto passare perché si affermasse l'esigenza di conferire ai trattati un "contenuto costituzionale" attraverso l'inserimento in essi di norme generali in tema di diritti, destinate addirittura, secondo taluni, a spostare la fonte di legittimazione dell'ordinamento europeo dalle Costituzioni degli Stati membri ai principi supremi di tale ordinamento ([89]).

Con specifico riferimento, poi, al principio di legalità, va detto innanzitutto che l'originario carattere amministrativo degli atti comunitari di diritto derivato ([90]) mal si conciliava con l'esigenza di "porre in vetrina" il

---

CE); la parità di trattamento retributivo fra uomini e donne (art. 141 Tr. CE). Circa la riconducibilità di tali diritti all'interno dei diritti umani strettamente intesi cfr. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, in *Y. Eur. L.*, 1981, p. 128 ss.

([87]) In argomento cfr., esemplificativamente, MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 2 ss. (ora in MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, p. 143); WEILER, *Il sistema comunitario: struttura legale e processo politico*, Bologna, 1985, p. 139 ss.; ID., *Eurocracy and Distrust. Some Questions concerningthe Role of the European Cour of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1112 ss.

([88]) MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1983, p. 694; PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1968, p. 629 ss.

([89]) In argomento cfr., ad esempio, BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, resoconto della relazione svolta il 28 maggio 1999 a cura di Politi, Scaccia, in *http://www.google.com/search?q=cache:www/europa/carta/+carta+europa+dei+diritti*, p. 2.

([90]) Se è vero infatti che le Comunità europee e le loro istituzioni nascevano senza un preciso modello giuridico di riferimento, è anche vero che esse costituivano nei primi tempi poco più di un'entità amministrativa a sfondo intergovernativo, privata di ogni ambizione *lato sensu* federale dal venir meno del progetto della Comunità europea di difesa. Al riguardo, non si è mancato di rilevare (cfr. per tutti, AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 291 ss.) come il trionfo della originaria dimensione amministrativa delle Comunità fosse del resto testimoniato dal carattere prevalentemente 'esecutivo' dei loro principali organi (Commissione e Consiglio) e dal nome dato ai relativi atti normativi; atti i quali, pur risultando capaci di imporsi negli ordinamenti nazionali come vere e proprie fonti legislative, furono denominati, con terminologia mutuata da quella utilizzata per gli atti a carattere generale dei governi nazionali, regolamenti e direttive.

suddetto principio, ancorché limitatamente ai suoi corollari astorico-universali. Inoltre non può essere ignorato che la già ricordata assenza su scala continentale di un comune denominatore limitatamente ai corollari legalisti contrassegnati da una marcata variabilità in chiave storico-politica non avrebbe comunque reso agevole la loro enucleazione in un testo scritto "europeo", come tale inevitabilmente soggetto a influenze e vincoli di matrice comparatistica. Infine, appare naturale che i perduranti dubbi in merito ad una qualsivoglia competenza penale comunitaria ([91]), e comunque l'assenza nel primo pilastro di atti normativi a carattere esplicitamente penale, rendessero tutt'altro che insopportabile la mancanza nei Trattati del principio di legalità, che vede tanto i suoi corollari universali quanto quelli storico-politici particolarmente valorizzati in ambito criminale.

Vero è che a un certo punto — come la Carta europea dei diritti del 2000 testimonia — con il progredire della costruzione europea si è sentito il bisogno di dare vita ad un testo scritto contenente un catalogo generale di principi e diritti, e di collocare al suo interno il principio di legalità penale. Ma è anche vero che sinora — come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione ([92]) — tale Carta europea non è stata inserita nei Trattati, e pertanto risulta, almeno in apparenza, priva di effettivo valore giuridico. Per altro verso, deve essere ancora una volta ricordato che i contenuti del principio di legalità dei reati e delle pene previsto all'art. 49 di tale Carta non vanno molto più in là rispetto a quelli sanciti cinquant'anni prima dall'art. 7 CEDU, e successivamente implementati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Per quanto sin qui detto, ben si comprende come a tutt'oggi — stante la mancata entrata in vigore del Trattato costituzionale europeo, il quale ha inserito la Carta dei diritti nella sua parte II — non sia dato rinvenire nel diritto primario dell'Unione un principio "scritto" di legalità pienamente vincolante sul piano giuridico. Ne consegue che ancora adesso, in ambito comunitario, i vincoli legalistici continuino a discendere da un principio di legalità creato e sviluppato in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia. Una corretta esposizione di tale stato di cose, non può tuttavia prescindere da un sia pur sommario *excursus* sulla genesi e sull'evoluzione in ambito europeo dei cosiddetti "principi generali di diritto non scritto".

([91]) Sul punto cfr., *supra*, *sub* par. 2.3., in particolare nt. 57. Come ricordato, tale competenza è stata ammessa dalla Corte di giustizia in modo esplicito solo con la sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*).

([92]) Cfr., *infra*, *sub* sez. III,

SEZIONE II
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE NEL DIRITTO EUROPEO. SUA GENESI E SUOI SVILUPPI ALL'INTERNO DEI "PRINCIPI DI DIRITTO NON SCRITTO"

4. *Il principio di legalità nel quadro dei principi di diritto comunitario non scritto ricavati a partire dai trattati internazionali e dalle Costituzioni dei Paesi membri.*

È noto che — a causa dell'acquisita coscienza dell'urgente necessità di colmare le lacune di un ordinamento, come quello comunitario, in rapida evoluzione (93) — l'arricchimento di tale ordinamento attraverso principi generali di diritto non scritto (detti anche principi impliciti o inespressi) si è avuto grazie all'attività pretoria della Corte di giustizia (94) fondata sugli artt. 220, 230 e 288 Tr. CE (95), i quali sembrano autorizzare il ricorso a principi siffatti (96). Ed è altresì noto che, sull'onda della crescente consapevolezza che il diritto comunitario non potesse esimersi dal rispettare i diritti dell'uomo (97), all'interno dei summenzionati principi (contraddistinti da una gran-

---

(93) Tale ordinamento, oltretutto, pur avendo natura settoriale, presentava sin da subito somiglianze e punti di contatto con gli ordinamenti statuali. Da qui una naturale esigenza di "completezza". Sul punto cfr., diffusamente e per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 411 ss.

(94) Cfr., per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 553 ss.; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 409 ss.; CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1959, p. 428; NASCIMBENE, SANNA, *Commento all'art. 6 TUE, in Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea,* a cura di Tizzano, Milano, 2004, p. 49 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, cit., p. 642; REUTER Le recours de la Cour de Justice des Cornrnunautés européennes à des principes généraux du droit, in *Mélanges H. Rolin*, 1964, p. 263; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, 1984, p. 717 ss.

(95) In precedenza, artt. 164, 173 e 215 Tr. CEE.

(96) Sulle argomentazioni utilizzate per legittimare, attraverso queste norme, un ampio impiego in ambito comunitario dei principi generali di diritto cfr., diffusamente, MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, cit., p. 708 ss.; PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, cit., p. 642 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit. p. 732 ss.

(97) In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 166.

de eterogeneità di contenuti) ([98]), una posizione di assoluta centralità sono venuti assumendo i principi in tema di diritti fondamentali.

In effetti, il progressivo riconoscimento in via pretoria dei diritti fondamentali ([99]) si è rivelato ricco di profili "virtuosi": in primo luogo, ha consentito in qualche misura di "attenuare" o comunque "controbilanciare" il c.d. *deficit* democratico comunitario, attraverso il raggiungimento in sede europea di "un livello superiore di legalità alla cui luce controllare gli atti delle istituzioni comunitarie" ([100]); in secondo luogo, e soprattutto, ha finito col neutralizzare gli eccessi di potere delle autorità comunitarie, favorendo una interpretazione degli atti comunitari (regolamenti e direttive) "conforme ai diritti in questione", o altrimenti rendendo possibile l'annullamento da parte della Corte di giustizia dei suddetti atti, ove ritenuti in insanabile contrasto con tali diritti.

Attraverso la creazione pretoria di un "diritto più alto" ([101]) al cui vaglio sottoporre le fonti comunitarie, si sono così potute superare quelle prese di posizione dei Paesi membri volte a riconoscere alle proprie giurisdizioni il diritto di sindacare le norme "europee", (o, quantomeno, si è potuto circoscrivere tale sindacato sulle norme "europee" al rispetto dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti: c.d. teoria dei controlimiti) ([102]).

([98]) Cfr., *amplius* e per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 414 ss.

([99]) Inizialmente, infatti, la Corte di giustizia aveva rifiutato di tener conto dei diritti umani costituzionalmente garantiti, ritenendosi garante solo in relazione all'interpretazione a all'applicazione dei Trattati e regolamenti d'esecuzione (sent. 4 febbraio 1959, causa 1/1958 (*Stork*), in *Racc.*, 1959, p. 41 ss.. Come noto, è a partire dalla fine degli anni '60 che si assiste a un progressivo mutamento nella giurisprudenza della Corte, ormai volta a riconoscere in ambito comunitario i diritti fondamentali: sent. 12 novembre 1969, causa 29/69 (*Stauder*), in *Racc.*, 1969, p. 419 ss.; sent. 17 dicembre 1970, causa 10/70 (*Internazionale Handelgesellschaft mbH*), in *Racc.*, 1970, p. 1125 ss.; sent. 14 maggio 1974, causa 4/73 (*Nold*), in *Racc.*, 1974, p. 491 ss.; sent. 28 ottobre 1975, causa 36/75 (*Rutili*), in *Racc.*, 1975, p, 1232.

In dottrina, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ANCORA, *Corte di giustizia CEE e diritti fondamentali*, in *Giur. Merito*, 1992, p. 748 ss; BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, cit. p. 179, nt. 342; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* in *Riv. intern. dir. uomo,* 1992, p. 426 ss.; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 74 , nt. 4.

([100]) GAMBINO, MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 586; MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 6 ss..

([101]) MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 7.

([102]) Come noto, sia la Corte costituzionale italiana (sent. 27 dicembre 1973 n.

La giurisprudenza sui diritti fondamentali sviluppata dai giudici di Lussemburgo è risultata dunque funzionale alla definitiva affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto interno; primato che — come detto — sino allora veniva contestato dagli Stati membri sia in ragione delle insufficienze palesate dalla struttura istituzionale della Comunità ([103]), sia in ragione della carenza di protezione, a livello comunitario, dei diritti dell'uomo riconosciuti nei medesimi Stati ai cittadini ([104]).

Per meglio superare le resistenze degli Stati, la Corte di Giustizia parrebbe aver scelto di ricondurre all'interno del catalogo dei principi in materia di diritti fondamentali implicitamente recepiti e tutelati dal diritto comunitario — come meglio si avrà modo di precisare in seguito ([105]) — tanto quelli previsti dai trattati internazionali cui i Paesi membri hanno aderito (in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta sociale europea) quanto quelli ricavabili dalle Costituzioni dei medesimi Paesi.

183, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.; sent. 8 giugno 1984 n. 170, in *Giur. cost.,* 1984, I , p. 3098 ss.), sia il Tribunale costituzionale tedesco (sent. 29 maggio 1974 in *Dir. com. scambi intern.*, 1974, p. 227 ss.) avevano affermato l'assoggettabilità al loro sindacato delle norme comunitarie in riferimento ai principi fondamentali dell' ordinamento nazionale e ai diritti inalienabili della persona umana. In argomento cfr., in particolare, FEUSTEL, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, in *Riv. dir. eur.*, 1976, p. 187 ss.) ; nonché, per tutti e con riferimento alle rispettive realtà costituzionali, MENGOZZI, *Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti fra diritto italiano e diritto comunitario?*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, p. 716 ss.; BORNER, *Droits fondarnentaux allemands et droit communautaire. A propos de la decision de la Cour constitutionnel1e fédérale du 29 mai 1974*, in *Mélanges Dehousse*, vol. II, *La construction européenne*, Paris, 1979, p. 193 ss. Sulla persistente vitalità del tema dei "controlimiti" cfr., da ultimo, GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "protezione equivalente"*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 411 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

([103]) Cfr., ancora, MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., p. 6.

([104]) Circa la tesi della preminenza della normativa interna (specie se costituzionale) in ragione dell'inadeguatezza dei Trattati rispetto ai diritti dell'uomo cfr. già, fra gli altri, WENGLER, *Verhandlungen der deutschen Staalrechtslehrer*, 1964, p. 114; WAGNER, *Grundbegriffe des Beschlussrechts der Europaischen Gemeinschaften*, Köln, 1965, p. 255. Cfr. altresì, in giurisprudenza, *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*, II *Kammer*, 17 dicembre 1963, in EVERSEN, SPERL, *Répertoire de la jurisprudence relative aux Traités instituant des Communautés européennes*, n. 2013. Questa tesi venne rovesciata nel 1986 dal Tribunale costituzionale tedesco (sent. 22 ottobre 1986, in *Europarecht*, 1987, p. 51 ss.) il quale — preso atto della sufficiente tutela dei diritti dell'uomo ormai offerta, a livello comunitario, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia — riconobbe la piena applicabilità interna del diritto comunitario, rinunciando a sindacarne la legittimità con riferimento ai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione.

([105]) Cfr, *infra*, *sub* par. 4.2.

Successivamente, tale scelta sembrerebbe aver trovato l'espresso avallo di tutti gli organi dell'Unione ([106]) e dello stesso diritto primario europeo. Infatti nel preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 si afferma che le Comunità europee, nell'ambito della loro attività di promozione della democrazia, si basano "sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea"; mentre l'art. 6 ([107]) par. 2 Tr. UE prevede, con diversa formulazione, che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario" ([108]). In ogni caso, quest'ultima norma, "Sebbene testualmente riferito alla sola Unione, si applica anche alle Comunità poiché su queste l'Unione si fonda" ([109]), conferendo così ai diritti fondamentali un indiscutibile e generalizzato ruolo primario in sede di integrazione comunitaria e più in generale europea.

Tutto ciò premesso, appare pertanto indiscutibile che il principio di legalità penale (attraverso il quale trovano attuazione tutta una serie di diritti fondamentali, a cominciare da quelli di certezza giuridica e di libertà individuale) faccia parte del diritto europeo primario, in quanto esplicitamente sancito almeno in una Carta internazionale ratificata da tutti gli Stati

---

([106]) Cfr., in particolare, la dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione delle Comunità, adottata a Lussemburgo il 5 aprile 1977, in base alla quale la normativa comunitaria abbraccia "oltre alle norme dei Trattati e del diritto comunitario derivato, anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri". Per una rassegna degli ulteriori documenti comunitari volti a dare rilievo ai diritti fondamentali in ambito CE cfr. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 175, nt. 334; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 163, nt. 1.

([107]) In precedenza, art. F.

([108]) Ma già prima il preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 stabiliva che, nell'ambito della loro attività di promozione della democrazia, le Comunità europee si basano "sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale".

([109]) NASCIMBENE, SANNA, *Commento all'art. 6 TUE*, cit., p. 47. Nello stesso senso cfr., per tutti, FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Napoli, 1992, p. 47; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 164; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* in *Riv. intern. dir. uomo,* 1992, p. 427;

UE (si allude, beninteso all'art. 7 CEDU) ([110]), ed inoltre, come successivamente specificato, nelle Costituzioni dei Paesi dell'Unione ([111]).

Parallelamente, appare ormai chiaro che, almeno in linea di massima, al rispetto di tale principio di legalità europea risultano tenuti non solo gli eventuali atti normativi europei in materia penale, ma anche ogni fonte penale nazionale attuativa del diritto CE/UE. Vero è infatti che i principi comunitari impliciti in materia di diritti fondamentali sono stati introdotti — come appena detto — in funzione di controllo giurisdizionale della legislazione europea e non delle legislazioni interne. Ma — come del resto precisato dalla stessa Corte di giustizia a partire dalla metà degli anni '70 ([112]) — è indubbio che i suddetti principi una volta accolti in seno all'ordinamento CE/UE si prestano, al pari di ogni altra norma comunitaria di diritto primario o derivato, a fungere da criteri interpretativi e soprattutto da parametri di legittimità delle norme nazionali di trasposizione e di applicazione ([113]);

([110]) Ma, invero, secondo quanto verrà precisato nel prossimo paragrafo, ulteriori riferimenti in tema di legge e legalità si rinvengono in altre norme previste sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia dalla Carta sociale europea (riveduta) e nel relativo annesso. Cfr. l. 9 febbraio 1999, n. 30, *Ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996*, in *Gazz. Uff.*, 23 febbraio 1999, n. 44, S O.

([111]) Cfr., *infra*, *sub* par. 4.2.

([112]) Cfr. sent. 30 ottobre 1975, causa 367/75 (*Rutili*), in *Racc.*, 1975, p. 1219 ss. Più in generale, la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che il rispetto dei principi generali del diritto comunitario di impone ad ogni autorità nazionale chiamata ad applicare tale diritto: cfr., per tutte, sent. 27 settembre 1979, causa 230/78 (*Eridania)*, in *Racc.*, 1979, p. 2749 ss.; sent. 26 aprile 1988, causa 316/86 (*Krücken*), in *Racc.*, 1988, p. 2213.

([113]) Per ulteriori approfondimenti in merito all'ambito di efficacia dei principi in oggetto nell'applicazione di norme interne cfr., all'interno di una bibliografia oltremodo vasta, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit., in particolare p. 567 ss.; BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, cit., p. 185 ss.; CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, cit., p. 548; CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 409 ss.; COHEN-JONATHAN, La Cour des Communautés européennes et les droit de l'homme, in *Rev. Marché Commun,* 1978, p. 92 ss.; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, *Dal piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*, Milano, 2004, p. 109; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautarie*, in *Rev. trim. dr. europ*., 1984, p. 423; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, p. 306; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 122; GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, in *Pol. dir.,* 2005, p. 49; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 180 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; PESCATORE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Rech der Europäischen Gemeinschäften*, in *Europarecht*, 1979, p. 9 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 467 e 472; TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della*

cosicché devono ritenersi sottratte al loro vaglio solo le normative interne prive di ogni legame con il diritto comunitario (114) (cui si aggiungono, eventualmente, le normative interne relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale *ex* titolo IV Tr. UE, in caso di mancata accettazione da parte degli Stati membri della competenza della Corte di giustizia sulla validità degli atti del terzo pilastro dell'Unione e delle misure nazionali di applicazione delle stesse: cfr. art. 35 Tr. UE) (115).

Per quanto sin qui esposto si può concludere affermando che, di regola, tutte le fonti penali di origine direttamente o indirettamente "europea" debbono essere rispettose del principio di legalità, così come esso risulta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle "tradizioni costituzionali" dei Paesi UE. Il problema diviene allora quello di comprendere quali articolazioni tale principio assuma nei suddetti contesti, e se vi sia corrispondenza tra le suddette articolazioni e quelle "riconosciute e recepite" dalla Corte di giustizia. A tal fine, l'indagine sarà diretta in primo luogo a vagliare quali siano i profili assunti dal principio di legalità CEDU nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo e se essi risultino fedelmente trasposti in ambito comunitario; in secondo luogo a verificare in qual modo i giudici di Lussemburgo selezionino, tra i molteplici profili che caratterizzano il principio di legalità all'interno delle Costituzioni dei Paesi membri, quelli da recepire e valorizzare in sede europea.

4.1. *La legalità comunitaria alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

A dire il vero, parrebbe quantomeno semplicistica l'affermazione secondo cui il possibile contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

---

Corte di Giustizia in *Riv. intern. dir. uomo,* 1992, p. 432 ss. e 440; ID., *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 89; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 75.

(114) Cfr., in particolare, Corte di giustizia, sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95 (*Kremzow*), in *Racc.*, 1997, p. I-2695 ss. In dottrina cfr., per tutti e da ultimo, GAMBINO, *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e Trattati comunitari*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, a cura di Gambino, Milano, 2006, p. 443 ss.

(115) In tema di competenza della Corte di giustizia nell'ambito del terzo pilastro cfr., ad esempio, BARTOLONI, *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e del terzo pilastro UE*, in Quaderni cost., 2005, p. 170 ss.; INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Com internaz.*, 2000, p. 477 ss.; SALVATELLI, *La Corte di Giustizia e la comunitarizzazione del "Terzo pilastro"*, in *Quaderni cost.*, 2005, p. 887 ss.; TOSATO, *Atti giuridici vincolanti della Cote comunitaria nell'ambito del "terzo pilastro"*, in *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 331 ss.

all'elaborazione del principio "implicito" di legalità "comunitaria" risulterebbe circoscritto all'art. 7 CEDU ("Nessuna pena senza legge") e agli sviluppi interpretativi dati a tale articolo dai giudici di Strasburgo. In effetti il principio di legalità — in quanto espressione della 'preminenza del diritto' evocata dal Preambolo CEDU (116) e in quanto fondamento della stessa certezza giuridica (117) — permea tutta la Convenzione europea e viene richiamato in molte delle sue più significative norme (si pensi, in particolare, agli artt. 5, 6, 8, 9, 10, 11) (118).

E tuttavia, la assai ricca giurisprudenza comunitaria sui principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento prescinde da ogni riferimento alle norme della Convenzione europea da ultimo menzionate. In effetti la Corte di giustizia, con formule tra loro assai prossime, ha avuto modo a più riprese: *a*) di affermare che i principi in questione rientrano nell'ordinamento giuridico comunitario (119); *b*) di imporre che la legislazione comunitaria sia certa e la sua applicazione sia prevedibile (120); *c*) di precisare che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri deve avere una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici di garantirne l'osservanza (121); *d*) di stabilire l'irretroattività delle norme sostanziali di origine comunitaria a carattere punitivo (122); *e*) di sancire che l'applicazione di qualsivoglia sanzione, anche non penale,

---

(116) Cfr., sul punto, Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, in *Serie A*, n. 335B e 335C, rispettivamente par. 34 e par. 32; in dottrina, per tutti, SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, 1999, p. 212.

(117) Al riguardo cfr., in particolare, ROLLAND, *Article 7*, in *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, a cura di Pettiti, Decaux, Imbert, Paris, 1995, p. 294.

(118) Del resto, la giurisprudenza comunitaria non si stanca di ripetere il ruolo centrale assunto nel diritto comunitario dal principio di certezza delle situazioni giuridiche; non cessa di sottolineare l'esigenza di chiarezza, precisione, prevedibilità incombente sia sulla legislazione comunitaria sia sulla normativa nazionale relativa a materie disciplinate dal diritto comunitario. Cfr., al riguardo, gli innumerevoli riferimenti giurisprudenziali riportati da MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 972 ss.

(119) Cfr., per tutte, sent. 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82 (*Deutsche Milchkontor*), in *Racc.*, 1983, p. 2633.

(120) Cfr., ad esempio, sent. 22 febbraio 1984, causa 70/83 (*Kloppenburg*), in *Racc.*, 1984, p. 1075.

(121) Cfr., all'interno di una giurisprudenza assai ricca, sent. 21 giugno 1988, causa 257/86 (*Commissione c. Italia*), in *Racc.*, 1988, p. 3249; sent. 26 gennaio 1991, causa C-119/89 (*Commissione c. Spagna*), in *Racc.*, 1991, p. I-641.

(122) Cfr., in particolare e per tutte, sent. 20 giugno 1978, causa 28/77 (*Watts Ltd.*), in *Racc.*, 1978, p. 1391 ss.

postuli un fondamento giuridico chiaro e inequivoco ([123]); *f*) di ripetere che il principio di legalità delle pene costituisce un'emanazione del principio di certezza del diritto ([124]); *g*) di specificare che, per esigenze di certezza, una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna d'attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni ([125]). Ma in tutte queste sentenze dei giudici di Lussemburgo, per l'appunto, non vi è nessun richiamo alla succitate norme della CEDU (così come, del resto, alle norme di ulteriori atti internazionali, cui gli Stati UE abbiano aderito, contenenti rinvii più o meno significativi al principio di legalità) ([126]).

In realtà, dunque, gli unici effettivi contributi offerti dalla Convenzione europea in sede di elaborazione e sviluppo del principio di legalità da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia provengono dall'art. 7 CEDU ([127]); o, se si preferisce, è solo a tale testo di fonte internazionale che la Corte di giustizia ha ritenuto di dover fare esplicito riferimento nell'ambito della sua attività "creatrice" della legalità comunitaria. E forse non poteva essere diversamente, tenuto conto del ruolo privilegiato assunto dalla legalità

([123]) Cfr., per tutte, sent. 25 settembre 1984, causa 177/83 (*Könecke*), in *Racc.*, 1984, p. 3291.

([124]) Cfr, da ultimo, sent. 5 aprile 2006, causa T- 279/02, (*Degussa AG*), in http:// www.curia.europa.eu/jurisp., punto 35 e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

([125]) Cfr., per tutte, sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), in *Racc.,* 1987, p. 3986, punto 13. Cfr. altresì sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), in *Racc.,* 1986, p. 2570, punti 18-20; sent. 26 settembre 1996, causa 168/95 (*Arcaro*), in *Racc.*, 1996, p. 4729, punto 36; sentenza 7 gennaio 2004, causa C60/02, (*X*), punto 61 e giurisprudenza ivi citata; sent. 3 maggio 2005, cause riunite C- 387/02, C-391/02 e C-403/02 (*Berlusconi – Adelchi – Dell'Utri*), punto 44. In argomento cfr., all'interno di una assai vasta bibliografia, CARUSO, *Prospettive di diritto comunitario,* in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, vol. I, Padova, 1990, p. 427; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale,* cit., p. 301 ss.; MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.; MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Paoli, J. Arnold, Milano, 2000, p. 40; NUNZIANTE, *Efficacia diretta e opponibilità ai singoli delle direttive comunitarie: riflessi in materia penale*, in *Riv. pen. econ.*, 1989, p. 207 ss.; PORCHIA, *Gli effetti delle direttive e l'interpretazione delle norme penali nazionali: il caso* Procura c. X, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, in particolare p. 476 ss.; RIONDATO, C*ompetenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit., p. 128.

([126]) Cfr. quanto osservato *supra*, sub par. 4, nt. 110.

([127]) All'interno del quale "la locuzione 'diritto' (*droit, law*)... equivale all'espressione 'legge' che figura negli altri articoli della Convenzione". Cfr., per tutte, Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., par. 29; sent. 8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, in *Racc.*, 1999, par. 36; sent. 7 febbraio 2002, *E: K. c. Turchia*, cit., par. 51; sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, par. 28.

in ambito penale, e del fatto che l'art. 7, "elemento essenziale della preminenza del diritto, occupa una posizione fondamentale nel sistema di protezione della Convenzione" ([128]), costituendo indiscutibilmente il massimo momento di emersione dell'istanza legalista all'interno della CEDU.

Tutto ciò precisato, resta comunque il fatto che — specie se rapportate alle decisioni degli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di art. 7 CEDU — le sentenze della Corte di giustizia in cui si è fatto ricorso a tale articolo in vista dell'elaborazione del principio di legalità comunitaria da un lato sono numericamente alquanto scarse (par. 4.1.1.), dall'altro lato si rivelano incapaci di far evolvere l'interpretazione della norma in questione, ma semmai si prestano a favorirne un deprecabile processo involutivo (par. 4.1.2.2).

4.1.1. *La penuria di sentenze della Corte di giustizia in tema di legalità facenti esplicito richiamo all'art. 7 CEDU e le sue possibili ragioni.*

In effetti, per quanto concerne il dato numerico, va subito chiarito che, mentre assai numerose sono le decisioni degli organi di Strasburgo facenti riferimento all'art. 7 CEDU ([129]), non altrettanto può dirsi delle sentenze dei giudici di Lussemburgo contenenti un espresso riferimento all'art. 7 CEDU. Anzi, sino agli anni '90 queste ultime erano davvero oltremodo scarse ([130]), e solo con l'inizio del nuovo secolo esse sembrano divenute un po' più frequenti ([131]).

Questa almeno relativa povertà di riferimenti all'art. 7 CEDU da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia — specie se confrontata con la ben più cospicua giurisprudenza della Corte EDU volta a implementare tale norma — potrebbe in un primo momento sorprendere. In effetti, alcuni fattori indurrebbero a ipotizzare, al riguardo, un ben diverso ruolo della Corte di giustizia: *a*) in primo luogo, stante il fatto che la Comunità e l'Unione europea non hanno ancora aderito alla CEDU ([132]), la Corte EDU non può

([128]) Corte EDU, sent. 27 febbraio 2001, *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, par. 29.

([129]) Per una agevole ricognizione sul punto si rinvia a http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr

([130]) Cfr., senza pretesa di completezza, sent. 10 luglio 1984, causa 66/83 (*Kent Kirk*), in *Racc.*, 1984, p. 2689 ss.; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95 (*Procedimento penale a carico di X),* in Racc., 1996, p. I-6609.

([131]) Cfr., senza pretesa di completezza, sent. 20 marzo 2002, causa T-23/99 (*LR AF 1988 A/S*,); sent. 15 luglio 2004, causa C-459/02 (*Gerekens*); sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02, C-202/02, C-205I02, C-206/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02 (*Dansk Rørindustri*); sent. 29 novembre 2005, causa T-64/02 (*Heubach*);sent. 5 aprile 2006, causa T-279/02 (*Degussa AG*), cit.; sent. 18 maggio 2006, causa C-397/03 (*Archer Daniels*); sent. 29 giugno 2006, causa C-289/04, (*Schowa Denko KK*).

([132]) A tale proposito occorre ricordare che, parallelamente al processo di emersione e valorizzazione in ambito comunitario dei diritti/principi fondamentali, si è intensificato il dibattito sull'eventuale adesione dell'Unione europea alla suddetta Convenzione

sindacare direttamente né i concreti comportamenti tenuti da tali organizzazioni internazionali né *a fortiori* le norme da esse varate ([133]); mentre invece la Corte di giustizia può sindacare sia gli uni che le altre con riferimento, appunto, alla CEDU e ai relativi principi, elevati come detto a

---

(cfr., per tutti, APRAXINE, *Violations des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des États au regard de la Convention europeénne*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1995, p. 15, nt. 8; SCUDIERO, *Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?*, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 263 ss.; RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 531 ss., e bibliografia ivi riportata alla nt. 16). Come noto, tale dibattito ha toccato il suo acme all'inizio degli anni '90, cioè sino a quando il Consiglio ha domandato sul punto un parere alla Corte di giustizia *ex* art. 300 (in precedenza, 228) comma 6 TCE; o meglio sino a quando la Corte di giustizia, col parere 2/94 del 28 marzo 1996, ha affermato che la Comunità non poteva aderire alla CEDU in quanto i Trattati istitutivi non le attribuivano una competenza in tema di diritti umani (cfr., *amplius*, BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 97 ss; ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, p. 839 ss.; TIBERI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 437 ss; WACHSMANN, *L'avis de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'hommee des libertés, in Rev. trim. dr. eur.*, 1996, p. 467 ss.). La mancata introduzione nei Trattati di Amsterdam e di Nizza delle modifiche dei Trattati comunitari atte a conferire alla Comunità una siffatta competenza ha sinora cristallizzato gli effetti del suddetto parere (cfr., tra gli altri, RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 531 ss.), escludendo la normativa comunitaria dall'ambito di operatività della Corte EDU e, corrispondentemente, salvaguardando il ruolo della Corte di giustizia in tema di tutela e sviluppo dei principi/diritti fondamentali in ambito comunitario.

([133]) Merita di essere sottolineato come, alla luce della giurisprudenza degli organi di Strasburgo, possa aversi violazione della Carta di Roma anche laddove le norme interne contrastanti coi principi CEDU non siano mai state concretamente applicate. Ipotesi di questo tipo potranno verificarsi, innanzitutto, ove il ricorso contro lo Stato sia presentato da un altro Stato membro della Convenzione: ai sensi dell'art. 24 CEDU, infatti, il ricorso statuale può avere ad oggetto "ogni inosservanza.... delle disposizioni della presente Convenzione che..... possa essere imputata ad un'altra Parte contraente". In questo senso, la Corte EDU ha avuto modo di affermare che, per il solo fatto di essere in vigore, una data norma legislativa o regolamentare costituisce una violazione alla Convenzione quando essa, in termini espliciti, introduce, comanda o autorizza atti, misure o omissioni incompatibili coi principi/diritti CEDU (Cfr. Corte EDU, sentenza 18 gennaio 1978, Irlanda contro Regno Unito, *Serie* A, n. 25, par. 240; nonché, in dottrina, COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme,* cit., p. 207 ss. Per contro laddove la contrarietà ai diritti CEDU della norma nazionale in questione non emerga in modo assolutamente chiaro e preciso dal suo testo, si avrà violazione della Convenzione solo laddove lo Stato abbia concretamente interpretato o applicato tale norma in modo tale da infrangere i diritti in questione).

Più difficile sembrerebbe, per contro, il controllo *in abstracto* circa la contrarietà alla Convenzione di una data norma interna in caso di ricorso individuale. Infatti l'art.

principi di diritto comunitario non scritto; *b*) in secondo luogo, se è vero che almeno i testi nazionali di trasposizione di norme "europee" e i comportamenti fondati su di essi, in quanto pur sempre attuati da Stati membri della CEDU, potrebbero essere sindacati non solo dalla Corte di giustizia ([134]) ma anche dalla Corte EDU ([135]), è altresì vero che per lungo tempo vi è stato una sorta di *self-restraint* da parte di quest'ultima Corte (e anche della Commissione EDU), in quanto i suddetti organi hanno evitato "di pronunciarsi sulla compatibilità di atti comunitari con la Convenzione di Roma e, con ciò, di creare un potenziale conflitto con la Corte di giustizia delle Comunità europee, giudice competente a sindacare la legittimità di tali atti" ([136])

---

25 CEDU, consentendo tale ricorso al soggetto che "pretenda d'essere vittima di una violazione..... dei diritti riconosciuti nella presente Convenzione", sembrerebbe ad un primo esame circoscrivere il diritto d'azione solamente all'individuo leso a seguito della concreta applicazione di una norma statuale. E tuttavia la Corte EDU non ha mancato di sottolineare come, anche in relazione ai ricorsi individuali, la semplice esistenza di una norma legislativa o regolamentare possa comportare la violazione dei diritti del ricorrente ove quest'ultimo abbia comunque subito o anche solo abbia rischiato di subire gli effetti nocivi della legge contraria alla Convenzione. Cfr., per tutte, sent. 6 settembre 1978, *Klass e altri c. Repubblica federale tedesca*, *Serie* A, n. 28, par. 33; sent. 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, *Serie* A, n. 31, par. 27. In dottrina cfr., diffusamente e per tutti, COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 208 ss.; GARCÍA de ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos,* Madrid, 1983, p. 459 ss. e 492 ss.; VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 1056, n. 1218; DUFFY, *The Case of Klass and others: secret surveillance of communications and the European Convention on Human Rights,* in *H.R.R.,* 1979, p. 20 ss.; KOOPMANS, *Retrospectively reconsidered,* in *Cambridge Law Journal,* 1980, p. 287 ss.

([134]) Cfr., in generale, DIX, *Charte des droits fondamentaux et convention. Des nouvelles voies pour réformer l'UE*, in *Rev. Marché commun Un. eur.*, 2001, p. 305.

([135]) In caso contrario, gli Stati, devolvendo le loro competenze a organizzazioni internazionali le cui norme non sono sottoposte al controllo della Corte EDU, potrebbero facilmente ignorare o comunque aggirare gli obblighi sanciti dalla CEDU. (VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 97; vedi anche Corte EDU, Cantoni c. Francia, ivi, p. 98

([136]) VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 98. In effetti (come si avrà modo di precisare *infra*, *sub* par. 4.1.2., lett. *C)*, nt. 183 e 184), dato che gli atti interni d'attuazione della normativa comunitaria di dubbia conformità rispetto ai principi CEDU (e in specie, per quanto qui specificamente interessa, rispetto al principio di legalità) possono essere sottoposti al controllo di entrambe le Corti europee, sussiste un evidente rischio di giudicati contrastanti. Al fine di evitare tale potenziale conflitto, in particolare, la Commissione EDU non aveva esitato a dichiarare irricevibile un ricorso contro la Germania (che aveva concesso l'*execuatur* ad una sentenza della Corte di giustizia ritenuta in contrasto con il diritto ad un equo processo di cui all'art. 6 CEDU) affermando che "il diritto in questione troverebbe, nel sistema comunitario, una tutela equivalente a quella garantita dalla Convenzione europea" (*ibidem*).

così come la legittimità dei relativi strumenti nazionali di attuazione.

Ora, come testimoniato da tutta una serie di pronunce della Corte EDU, questo atteggiamento di *self-restraint* tende progressivamente a venir meno ([137]): tant'è che i giudici di Strasburgo non solo hanno finito col sindacare sempre più frequentemente taluni comportamenti realizzati dagli Stati UE in sede di attuazione di atti comunitari e ritenuti dai ricorrenti in contrasto con la CEDU ([138]), ma addirittura sono giunti ad ammettere ricorsi concernenti proprio talune norme di fonte "europea" ([139]), ancorché i suddetti ricorsi fossero formalmente diretti contro tutti gli Stati UE che tali norme avevano recepito ([140]). E tuttavia è vero che, in questi casi, la Corte EDU continua a dimostrarsi riottosa a condannare gli Stati, e dunque a far ricadere su di essi responsabilità che andrebbero ascritte — ove ciò fosse possibile — alla Comunità o all'Unione europea ([141]).

([137]) In effetti, i giudici di Strasburgo hanno però avuto modo di sottolineare che la Corte EDU può giudicare (e condannare) non solo con riferimento alle azioni (e alle omissioni) degli organi nazionali effettuate in applicazione del diritto interno, ma anche con riferimento alle azioni (e alle omissioni) effettuate in applicazione di obblighi internazionali; vale a dire per gli atti costituenti una sorta di "prolungamento" dell'attività di un'organizzazione internazionale (in argomento cfr., *amplius* e per tutti, APRAXINE, *Violations des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des États au regard de la Convention europeénne*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1995, p. 13 ss. e, in particolare, p. 20 ss.), quali in particolare gli atti normativi interni d'attuazione (sanzionatoria) della normativa comunitaria.

([138]) In particolare, la Corte EDU sembrerebbe ormai aver abbandonato la precedente giurisprudenza tesa ad affermare l'equivalenza tra tutela comunitaria e tutela convenzionale. Sul punto cfr., diffusamente, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 98, e giurisprudenza ivi riportata.

([139]) Così, ad esempio, nella già più volte citata sent. Cantoni c. Francia, la Corte EDU ha affermato che la "fedeltà" quasi letterale della norma francese attuativa della direttiva CE n. 65/65 del 26 gennaio 1965 non ne inibiva il sindacato da parte della stessa Corte in base all'art. 7 CEDU.

([140]) Cfr., ancora, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 100.

([141]) Stante l'obbligo esistente in capo agli Stati UE di dare esecuzione agli atti di fonte CE o UE. Cfr., specificamente, APRAXINE, *Violations des droits de l'homme par une organisation internationale et responsabilité des États au regard de la Convention europeénne*, cit., p. 30; COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 75. Così, ad esempio, la Commissione, pur riconoscendo che le autorità nazionali avevano agito in qualità di organi dello Stato e non di organi comunitari accordando l'*exequatur* a una sentenza della Corte di giustizia nella quale veniva irrogata una ammenda comunitaria per violazione dell'art. 81 (*ex* 85) TCE, ha giudicato irricevibile il ricorso contro lo Stato membro in questione, affermando che non si può esigere sempre e comunque che lo Stato controlli sempre la conformità alla CEDU dell'atto cui deve dare attuazione, quantomeno laddove tale atto provenga da una organizzazione internazionale la quale (come appuro è il caso della CE) in linea di principio riconosca e rispetti i diritti fondamentali. Cfr. Commissione, dec. 9

A ben vedere, comunque, la principale ragione della maggior mole dei giudicati della Corte EDU rispetto a quelli della Corte di giustizia, in ordine al rispetto del principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU, risiede nel fatto che mentre il controllo di legalità effettuato dalla Corte EDU può spaziare su tutti i comportamenti dei Paesi membri risultanti di dubbia conformità rispetto all'art. 7 comma 1 CEDU e, almeno in linea tendenziale, su tutti i testi penali (*rectius*, come vedremo subito, 'in materia penale') vigenti in tali Paesi ([142]), il parallelo controllo da parte della Corte di giustizia si esercita in un ambito assai più angusto. Un ambito più angusto non solo, per così dire, in senso geografico (come si sa, i Paesi membri della CEDU sono assai più numerosi dei Paesi membri della CE/UE), ma anche in senso strettamente giuridico; un ambito, cioè, che sconta da un lato l'assenza di un vero e proprio diritto penale di fonte comunitaria, dall'altro lato l'ancora modesto ricorso alle sanzioni amministrative CE, le quali oltretutto solo in taluni casi (cioè, nei casi di loro maggiore afflittività) potrebbero essere considerate "sostanzialmente penali" in base alla ben nota nozione autonoma di "materia penale" accolto dalla Corte EDU ([143]) e legittimamente riproponibile anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia ([144]). Cosicché, in definitiva, è prevalentemente sui comportamenti e sui testi giuridici nazionali di rilievo penale indotti da fonti

---

febbraio 1990, *M. & Co. c. R.F.A.*, ric. n. 13288/87, in *D.R.* 64. .

([142]) Nelle ipotesi, beninteso, in cui sia ammissibile un ricorso *in abstracto*.

([143]) Sul punto cfr., in particolare, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal,* a cura del *Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques,* diretto da Delmas-Marty, in *Rev. sc. crim.,* 1987, p. 819 ss. Come noto, la finalità primaria perseguita attraverso l'adozione di una nozione autonoma e allargata di "materia penale", non coincidente con la nozione accolta nei singoli sistemi nazionali, è quella di evitare un aggiramento delle garanzie processuali previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Aggiramento altrimenti facilmente realizzabile, da parte degli Stati, attraverso una criticabile, artificiosa depenalizzazione di taluni illeciti "sostanzialmente penali" per i quali continuassero ad essere previste sanzioni caratterizzate da un significativo livello di afflittività.

([144]) Merita di essere sottolineato che rispetto alle sanzioni amministrative comunitarie (siano esse accentrate o decentrate) (cfr., *supra, sub* par. 2.1, nt. 10), ed in particolare al controllo di legalità *ex* art. 7 CEDU dei testi normativi che tali sanzioni prevedono, potrebbe intervenire non solo la Corte di giustizia, ma anche la Corte EDU, tenuto conto del fatto che tutte le sanzioni in questione vengono concretamente eseguite da parte di organi dei Paesi UE: come dimostrato — sia pure con riferimento al principio del giusto processo (art. 6 CEDU) — dal ricorso n. 56672/00 (*Senator Lines* c. i 15 Stati membri dell'UE) concernente appunto una sanzione amministrativa comunitaria inflitta dalla Commissione CE di cui si lamentava la mancata sospensione da parte delle giurisdizioni interne. Cfr., sul punto, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 101-102.

"europee" che può esercitarsi il controllo di legalità della Corte di giustizia ([145]); controllo oltretutto, come appena accennato, in regime di crescente "coabitazione" col parallelo controllo effettuabile dalla Corte EDU.

4.1.2. *Preambolo sul ruolo marginale svolto dai giudici di Lussemburgo rispetto ai giudici di Strasburgo negli sviluppi interpretativi dell'art. 7 CEDU.*

Per quanto concerne poi la modesta significatività delle sentenze della Corte di giustizia che, in sede di controllo di legalità, richiamano l'art. 7 CEDU, occorre ribadire e precisare quanto in precedenza accennato ([146]). Che cioè in tali sentenze il Tribunale di primo grado e la Corte di giustizia non solo si sono ben guardati dal pronunciarsi sul rispetto di quei corollari storico-politici del principio di legalità del resto totalmente assenti nell'articolo in questione ([147]), ma sono stati anche alquanto parchi nell'accogliere i corollari astorico-universali di tale principio così come sviluppati, a partire dal testo del suddetto articolo, dalla Corte EDU e (fino al 1999) dalla Commissione EDU ([148]). E ciò nonostante che, stando a quanto stabilito in via generale dall'art. 6 comma 2 TUE, all'interno delle fonti europee detto principio debba essere salvaguardato senza mai scendere al di sotto della soglia garantita dalla Convenzione europea (e dalla giurisprudenza facente corpo con essa).

Una sia pur sintetica esposizione in parallelo dei profili assunti dal

---

([145]) Cfr. DIX, *Charte des droits fondamentaux et convention. Des nuovelles voies pour réformer l'UE*, in *Rev. Marché commun Un. eur.*, 2001, p. 305.

([146]) Cfr, *supra*, *sub* par. 3.1., *in fine*.

([147]) Ed infatti, il principio convenzionale di legalità penale non solo non racchiude in sé il corollario della riserva di legge (cfr., ad esempio, CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., p. 86 ss), ma nemmeno implica l'esigenza di una norma scritta, che contrasterebbe con l'essenza stessa del *common law* (cfr. VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 512, n. 628. In questo senso, dunque, la nozione convenzionale di legalità comprende tanto il diritto scritto quanto quello non scritto: ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 294, in fine; SVENSSON-MCCARTHY, *The international law of human rights and states of exception*, Boston, 1998, p. 73 ss.; FROWEIN, PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, Khel, Strasbourg, Arlington, 1996, p. 323). Al riguardo, si può dunque affermare che il principio di legalità delineato dalla Convenzione lascia alla discrezionalità degli Stati membri la soluzione del problema relativo all'individuazione delle fonti penali e delle legittime forme da esse assunte.

([148]) Come noto, a seguito del *Protocollo n. 11 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che ristruttura il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione*, entrato in vigore il 1° novembre 1998, la Commissione EDU ha cessato la sua attività il 31 ottobre 1999.

principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU in sede convenzionale e in sede comunitaria consentirà di porre in chiara evidenza il ruolo assolutamente subalterno assunto in materia dai giudici di Lussemburgo e costituirà il presupposto da cui muovere per l'individuazione delle cause di tale situazione.

4.1.2.1. *Il principio di legalità penale nella CEDU e la sua implementazione da parte degli organi di Strasburgo.*

Nell'accingerci ad esaminare gli sviluppi dati dalla giurisprudenza della Commissione e della Corte EDU al principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU, occorre innanzitutto precisare che in questa sede si farà riferimento solo al primo comma di tale articolo. Esso, nell'affrontare esplicitamente il problema della retroattività della legge penale, sancisce che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto.

Viceversa, non si darà conto del comma 2 di tale articolo, il quale per la massima parte dei commentatori ([149]) prevede una deroga al principio di cui al comma 1, in base alla quale possano venire processati e condannati gli autori di fatti considerati criminali secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ancorché al momento della loro commissione detti fatti non costituissero reato in base al diritto nazionale o internazionale. La suddetta disposizione, infatti, consentendo in via eccezionale un'applicazione retroattiva di fattispecie penali di fonte nazionale o internazionale, costituisce un momento di mediazione tra contrapposte istanze giuspositivistiche e giusnaturalistiche, e comporta complessi problemi interpretativi ([150]) che esulano dall'oggetto e dai fini di questo lavoro.

([149]) Cfr., per tutti, GOMIEN, HARRIS, ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'homme et Charte sociale européenne. Droit et pratique*, Strasbourg, 1997, p. 206; PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 2002, p. 342; ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 299 ss.; VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1998, p. 486; VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 517.

([150]) In merito ai quali cfr., tra gli altri, CASTBERG, *The European Convention on Human Rights*, Leiden, 1974, p. 132; CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 96 ss.; ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 299 ss.; volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *art. 7 ("Nessuna pena senza legge")*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, p. 297 ss.).

Orbene, tornando al testo del primo comma, occorre innanzitutto sottolineare come la Corte EDU abbia affermato che esso "non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro" (151).

All'evidenza, i giudici di Strasburgo — ribadendo la loro tendenza a interpretare estensivamente le norme CEDU appena le circostanze lo consentano (152) — hanno saputo estrapolare dalla disposizione in esame alcuni dei più importanti principi espressivi della "civiltà giuridica europea" (153) in ambito penale, quali appunto quelli di determinatezza e di divieto d'analogia. Tali sviluppi interpretativi ben evidenziano l'essenziale ruolo garantista svolto dal principio di legalità CEDU e ne spiegano la sua appartenenza al c.d. "nocciolo duro" della Convenzione (154), in quanto consentono al cittadino di conoscere previamente i comportamenti a lui vietati e le relative conseguenze sanzionatorie, dunque, per converso, di poter impiegare tutto il suo "spazio di libertà" (155).

Ma, come vedremo subito, i risultati cui è approdata l'attività di implementazione dell'art. 7 comma 1 CEDU realizzata dagli organi di Lussemburgo non si sono certo esauriti nelle summenzionate affermazioni.

Volendo infatti specificare in modo un po' più dettagliato tale attività, occorre innanzitutto rilevare che:

---

(151) Sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia, Serie A,* n. 260-A, par. 52. Cfr., altresì, per tutte, sent. 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, par. 145; sent. 7 febbraio 2002, *E. K. c. Turchia*, , par. 51; sent. 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, par. 41.

(152) Cfr., ad esempio, MELCHIOR, *Notions « vagues » ou « indeterminées et « lacunes » dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, Koln, 1988, p. 411.

(153) ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 293. Sul punto cfr., altresì, GOMIEN, HARRIS, ZWAAK, cit., p. 203; HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edimburgh, 1995, p. 274; FROWEIN, PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, cit., p. 322; DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1999, p. 86.

(154) Come testimoniato dall'art. 15 comma 2 CEDU, in base al quale le deroghe alle obbligazioni previste dalla CEDU, ammesse a certe condizioni in caso di "guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione", non sono consentite in relazione alle disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4 e 7 CEDU. Sul punto cfr., Corte EDU, sent. 27 febbraio 2001, *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, cit., par. 29 : In dottrina, per tutti, DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme: quelques observations liminaires*, cit., p. 109-110).

(155) Cfr., specificamente, FROWEIN, PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar*, cit., p. 322.

a) *l'ambito applicativo* dei principi di legalità e di irretroattività sfavorevole previsti da tale norma è stato esteso ben al di là dei reati e delle pene formalmente intesi (vale a dire *degli illeciti* e *delle sanzioni* qualificati come "penali" in base al diritto interno) consentendo così a tali principi di operare — grazie alla succitata nozione autonoma di "materia penale" accolta dalla giurisprudenza CEDU — rispetto a tutte *le norme* e tutte *le sanzioni* considerate "intrinsecamente penali". Fermo restando che, per valutare tale intrinseco carattere penale, sono stati elaborati appositi criteri, distinti a seconda che essi debbano applicarsi *alle prime* ([156]) o

---

([156]) Per quanto specificamente concerne i criteri attraverso i quali la giurisprudenza della Commissione e della Corte EDU sono pervenute ad una qualificazione "autonoma" *dell'illecito penale* — così da superare in molti casi l'ostacolo costituito dalla formale configurazione di quest'ultimo in chiave amministrativa (ovvero in chiave c.d. "mista", in quanto al contempo penale e non-penale, cioè ad esempio penale e amministrativo o penale e disciplinare: sul punto cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, *Serie A* n. 22, par. 81) e da potenziare la dimensione autonomista della tutela CEDU —, essi sono essenzialmente due:

a) la natura dell'illecito, ricavabile a sua volta da tutta una serie di sottocriteri, quali: il tipo di comportamento sanzionato dalla norma; la struttura della norma medesima; la proiezione comparatistica della violazione (Cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, *Serie A* n. 73, par. 53; in dottrina, per tutti, PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1985, p. 912); le eventuali regole procedurali cui l'illecito risulta assoggettato (regole atte a evidenziare la natura sostanzialmente penale dell'illecito in oggetto: cfr. Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovenia*, in *Raccolta,* 1998, par. 53; Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, *D.R.* 21, p. 175, par. 2 *in fine*.); la particolare qualifica dei relativi soggetti attivi (qualifica che può essere indicativa dell'elevato disvalore del fatto vietato: cfr. Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, cit., p. 175, par. 2 *in fine*). L'analisi della giurisprudenza CEDU consente comunque di individuare molti altri sottocriteri di carattere oggettivo o soggettivo, puntualmente evidenziati dalla più attenta dottrina, capaci di porre in luce taluni profili dell'illecito sintomatici della sua significatività e qualificabilità in senso penale (per una analisi di tali ulteriori sottocriteri cfr. *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droit de l' homme, flou du droit pénal*, cit., p. 827 ss.);

b) la gravità della sanzione, valutabile teoricamente in relazione alla pena edittale, ma in pratica calcolata tenendo conto della pena concretamente irrogata. Più precisamente, l'analisi della giurisprudenza CEDU rivela come i relativi organi ricavino il coefficiente di gravità della sanzione — dunque la sua eventuale "natura penale" — dalle caratteristiche tipologiche della sanzione stessa (cfr. Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, cit., p. 175, par. 5; Commissione, dec. 9 maggio 1977, *X c. Svizzera*, *D.R.* 11, p. 220, par. 7), dal suo *quantum* (cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, cit., par. 82, comma 4; opinione della Commissione allegata alla sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, *Serie A* n. 80, p. 66 ss.), dai suoi scopi preventivi e repressivi (cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, cit., par. 79, comma 2; opinione della Commissione allegata alla sent. 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, *Serie A*, n. 123; 29 agosto 1997, *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, Raccolta 1997, par. 41) e financo dalle relative modalità

alle seconde ([157]).

b) *Il contenuto* del principio di legalità di cui all'art. 7 comma 1 CEDU è stato interpretato dalla Commissione e dalla Corte EDU in modo tale da valorizzare e diversificare gli aspetti "qualitativi" della legge penale, non più

---

d'esecuzione (cfr. Commissione, dec. 15 maggio 1981, *Mc Feeley c. Regno Unito*, , D.R. 20, p. 153, par. 101).

Va tuttavia sottolineato che i due succitati criteri possono essere utilizzati solo per estendere le garanzie previste dall'art. 7 (e dall'art. 6) CEDU ad illeciti non qualificati come penali nell'ordinamento interno, ma non invece per precludere l'applicabilità delle suddette garanzie convenzionali a taluni illeciti considerati penali secondo il diritto interno, ancorché eventualmente di carattere bagatellare e corredati di sanzioni assai poco afflittive. In altre parole, i reati in senso proprio devono sempre e comunque risultare rispettosi del principio di legalità CEDU, cosicché limitatamente ad essi la nozione autonoma di illecito penale ai sensi della Convenzione non risulta di alcuna utilità: cfr., *mutatis mutandis*, Corte EDU, 27 febbraio 1980, *Deweer c. Belgio*, Serie A 35, par. 41 ss.; 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*, Serie A 49, par. 31 ss. In dottrina cfr., diffusamente, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droit de l' homme, flou du droit pénal*, cit., p. 822 ss.

([157]) Per quanto concerne invece i criteri attraverso i quali la giurisprudenza della Commissione e della Corte EDU pervengono ad attribuire un "autonomo" carattere penale *alle sanzioni*, va sottolineato che essi sono molteplici, incentrandosi ora sulla valutazione di singoli elementi, ora su una articolata gamma di elementi, che spaziano dalla natura, finalità, severità della sanzione alla qualificazione di questa nel diritto interno o ancora alla natura del procedimento di irrogazione ed esecuzione. In ogni modo, il primo e fondamentale elemento sintomatico della sussistenza del suddetto carattere "penale" della sanzione consiste nella riconducibilità di quest'ultima ad una condanna per un "illecito penale" nell'accezione precisata alla nota precedente (cfr. Corte EDU, sent. 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 28; sent. 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, cit., par. 31). Tuttavia, come precisato dalla stessa Corte nelle stesse sentenze e nel prosieguo dei medesimi paragrafi, al fine di una qualificazione "autonoma" della sanzione penale "altri elementi possono essere ritenuti pertinenti: la natura e lo scopo della misura in questione; la sua qualificazione nel diritto interno; le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione; la sua gravità".

In tal modo i giudici di Strasburgo, in linea col pensiero di una parte della dottrina (cfr., in particolare, CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale,* a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, vol. I, Torino, 1997, p. 176), pur senza abbandonare una certa cautela, sono giunti talora ad attribuire un autonomo carattere di sanzione penale a talune sanzioni e misure nazionali sottoposte al loro controllo e non considerabili "pene" in senso stretto. In particolare, sia pure in casi limite, sono state equiparate ad una pena criminale (e dunque assoggettate ai principi di legalità e di irretroattività CEDU) talune *modalità di esecuzione della pena stessa*, così come talune *misure di sicurezza*: ciò, quantomeno, in tutti i casi in cui le misure in questione, per i loro contenuti, finalità, livelli di afflittività, nonché per il fatto di essere irrogate a soggetti imputabili che abbiano commesso uno o più reati, si configurino come vere e proprie "pene camuffate" (ad esempio, la stessa Corte EDU, riconoscendo alla confisca una finalità non solo preventiva ma anche punitiva, ha in una sua notissima sentenza ritenuto applicabile a tale misura l'art. 7 comma 1 CEDU, e constatato in relazione al caso sottoposto al suo esame una violazione del principio di legalità (cfr. sent. 9 febbraio

tendenzialmente circoscritti (come viceversa avviene nel sistema italiano) alla *determinatezza* di quest'ultima, ma concernenti anche, più in generale, *l'accessibilità* e *la prevedibilità* di ogni fonte legale in materia criminale e della relativa giurisprudenza ([158]).

b1) Più precisamente, per quanto concerne *il principio-corollario di accessibilità della norma penale ([159])*, la Corte EDU ha affermato che, "il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti (...) sulle norme giuridiche applicabili a un dato caso" ([160]), e ha tenuto anche a specificare il concetto di "sufficiente accessibilità" ([161]).

1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 30 ss.; in dottrina cfr., per tutti, TRECHSEL, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, p. 231; EMMERSON, ASHWORTH, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2001, p. 507). Viceversa, per quanto concerne *le misure di sicurezza*, occorre riconoscere che (diversamente da quanto accade con riferimento all'art. 6 CEDU) in relazione all'art. 7 CEDU gli organi della Convenzione sembrano propensi a ridimensionare la loro attitudine a dilatare in prospettiva garantistica i concetti sottoposti alla loro interpretazione autonoma (cfr., *mutatis mutandis*, ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 303). Ad esempio, la Corte EDU, ha affermato che "il ritiro della licenza [da parte della Prefettura] non può essere ritenuto una decisione relativa a una accusa in materia penale", cosicché "sebbene possa essere considerato una misura rigorosa, non va qualificato come sanzione penale" (sent. 7 luglio 1989, *Tre Traktörer AB*, *Serie A*, n. 159, par. 46).

Merita altresì di ricordare che, in alcuni casi, anche *le sanzioni amministrative* — cui non di rado la giurisprudenza di Strasburgo ha esteso le garanzie processuali "in materia penale" *ex* art. 6 CEDU — potrebbero essere equiparate dalla Corte EDU alle sanzioni penali ai fini dell'art. 7 CEDU. Parallelamente, secondo una attenta dottrina, da parte degli organi CEDU vi sarebbe la possibilità di far rientrare anche talune *sanzioni disciplinari* nel concetto convenzionale di "pena", ove appunto le sanzioni in questione fossero equiparabili per natura e finalità a una sanzione penale.

([158]) Il tutto, a riconferma del fatto che in diritto internazionale i requisiti formali della legalità finiscono col cedere il campo a requisiti materiali della stessa (ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 294 ss.), grazie ai quali si possono comunque attingere livelli garantistici senz'altro soddisfacenti.

([159]) In merito al quale cfr., in generale, CERF-HOLLENDER, *Le nouveau code pénal et le principe de la legalité,* in *Arch. pol. crim.,* 1994, p. 10 ss.; TULKENS, *Le mouvement de reforme des codes et le nouveau code pénal français,* in *Arch. pol. crim.,* n. 17, 1995, p. 33.

([160]) Sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, *Serie A*, n. 30, par. 49; cfr. altresì sent. 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito, Serie A*, n. 61, par. 87. Sulla necessaria accessibilità della norma penale cfr., da ultimo e anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, sent. 29 marzo 2006, *Achour c. Francia,* cit., par 42.

([161]) A riguardo, si può affermare che, per essere giudicate sufficientemente accessibili, le norme penali debbono essere state pubblicate o comunque raccolte in modo tale da porre i destinatari in condizione di conoscerne l'esistenza; fermo restando che non si può pretendere che la pubblicizzazione dei testi normativi avvenga in tutti i Paesi membri con analoghe modalità e forme. Sul punto cfr., diffusamente, SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, cit., p. 81.

b2) Ben più articolata è stata l'attività di implementazione degli organi di Strasburgo per quanto concerne *il principio-corollario di prevedibilità della norma penale*, considerato come la risultante di due ulteriori corollari, attinenti rispettivamente al momento formativo della norma (*principio-corollario di determinatezza*) ([162]) e al momento interpretativo della stessa (*principio-corollario di interpretazione "ragionevole" della norma penale*).

b2.1) Per quanto riguarda *il principio-corollario di determinatezza*, davvero ragguardevole è stata l'opera di sviluppo ad esso riservato dagli organi di Strasburgo ([163]); sviluppo sfociato in particolare nell'elaborazione dei parametri in base ai quali valutare il livello di tassatività della norma penale ([164]).

([162]) Al riguardo, la giurisprudenza CEDU si affretta a ricordare che l'illecito penale deve essere "chiaramente definito dalla legge", e che il termine "legge" va inteso in senso generico, come tale ricomprendente anche la consuetudine o la *common law*: cfr., per tutte, Commissione, dec. 7 maggio 1972, *X. Ltd. e Y c. Regno Unito*, cit., p. 86. In questo senso, come giurisprudenza e dottrina non hanno mancato di sottolineare, anche una definizione meramente giurisprudenziale può e deve rispondere positivamente agli stessi criteri di determinatezza eventualmente garantiti da una fonte scritta: sul punto cfr., in particolare, ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 295.

([163]) In proposito, la Commissione e la Corte hanno affermato che "si può considerare 'legge' solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; eventualmente facendo ricorso a consigli chiarificatori, questi deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato": cfr., per tutte, Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., par. 49; Commissione, dec. 7 maggio 1982, *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, cit., p. 86. La giurisprudenza CEDU lascia tuttavia agli Stati notevoli margini di discrezionalità in relazione al grado di precisione richiesto, di volta in volta, alla norma penale. Sin dalla metà degli anni '70, la Commissione EDU ha infatti affermato che "l'esigenza di sicurezza della legge non implica che i fatti oggetto di responsabilità penale siano previsti nei dettagli dalla legge": dec. 4 aprile 1974, *Handyside c. Regno Unito*, *Serie B*, n. 22, p. 110. Per parte sua, la Corte EDU ha poi ricordato che "anche in ragione del principio di generalità delle leggi, il testo di queste non può presentare una assoluta precisione. Una delle tecniche normative tipiche consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Così, numerose leggi si servono per forza di cose di formule più o meno elastiche, al fine di evitare una rigidità eccessiva e di potersi adattare ai mutamenti di situazione": sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., par. 30; cfr. altresì, per tutte, sent. 24 maggio 1988, *Müller e altri c. Svizzera*, *Serie A* n. 133, par. 29; sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., par. 40; sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, par. 31. In dottrina cfr., in particolare, ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 296; PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, cit., p. 338; SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, cit., p. 81.

([164]) I parametri in questione sono, invero, molteplici. Anzitutto, si deve far riferimento al testo normativo (conformemente alla regola generale d'interpretazione contenuta all'art. 31 della Convenzione di Vienna), nonché eventualmente al significato che la norma in questione assume nel generale contesto della legge (per un caso di interpretazione sistematica cfr. Commissione, dec. 3 ottobre 1984, *G. c.*

b2.2) Per quanto riguarda poi il *principio-corollario di interpretazione "ragionevole"*, l'esame della giurisprudenza CEDU sembra rivelare un'ulteriore distinzione circa i processi interpretativi atti a garantire la ragionevole prevedibilità della norma penale. Più precisamente la ragionevolezza dell'interpretazione sembrerebbe valutabile *sia* alla luce del testo normativo in sé e per sé considerato (ragionevolezza dell'interpretazione c.d. "tecnica"), *sia* alla luce dei precedenti risultati interpretativi cui il testo in questione ha dato origine (ragionevolezza dell'interpretazione c.d. "storica").

b2.2.1) *Per quanto concerne la prima di queste due forme d'interpretazione "ragionevole"*, gli organi di Strasburgo si dimostrano costanti nel riconoscere sempre e comunque legittima ai sensi dell'art. 7 CEDU solo l'interpretazione restrittiva della norma penale ([165]), specie nel caso in cui quest'ultima risulti

---

Liechtenstein, D.R. 38, p. 241. Sul punto, diffusamente, OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Raisonner la raison d'Etat*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 418 ss., con ampi richiami giurisprudenziali). La chiarezza e precisione delle norme va inoltre valutata tenendo conto delle caratteristiche dei soggetti destinatari, specie ove questi ultimi abbiano una conoscenza specifica dei rischi inerenti all'esercizio dell'attività prevista dalla legge, così da essere in grado di discernere gli atti leciti da quelli vietati (Commissione, dec. 4 dicembre 1978, *X. c. Austria*, *D.R.* 16, p.143 ss.); e va valutata altresì "alla luce dei dati offerti dall'esperienza giuridica ordinaria" (Commissione, dec. 18 dicembre 1980, *Crociani e altri c. Italia*, *D.R.* 22, p. 173), ovverossia in base a una prognosi di effettività della norma che includa una valutazione della prassi giurisprudenziale.

Come si può notare, nella valutazione del livello di determinatezza della norma penale finiscono per entrare in gioco, anche limitatamente ai sistemi di *civil law*, criteri incentrati non solo sul dato testuale, ma anche sulla tipologia dei destinatari del precetto nonché sulla coerenza delle soluzioni interpretative suggerite da soggetti qualificati, ovvero accolte dagli stessi giudici (sul ruolo dell'interpretazione data dai tribunali alla norma penale in funzione della certezza dell'ambito applicativo di quest'ultima cfr. Corte, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., par. 40; nonché, per tutte, sent. 8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, *Raccolta*, 1999, par. 36). Ma a questo punto il problema della determinatezza della norma tende inevitabilmente a confluire in quello della interpretazione giurisprudenziale di quest'ultima, oggetto specifico del sottoprincipio esaminato *infra*, sub par. *b2.2.2*.

([165]) Cfr., ad esempio, Commissione, dec. 12 marzo 1962, *X. c. Belgio*, *Annuario* 5, p. 191, ove si vieta "di applicare la legge penale in modo o a detrimento dell'accusato, per esempio per analogia"; cfr., altresì, Corte, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia,* cit., par. 52; sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., par. 29; sent. 8 luglio 1999, *Baskaya e Okçuoglu c. Turchia*, cit., par. 36; sent. 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, cit., par. 145; sent. 7 febbraio 2002, *E: K. c. Turchia*, cit., par. 51; sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, par. 28 e 35. In dottrina, per tutti, JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, p. 166; HARRIS, O' BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 279.

carente sotto il profilo della determinatezza ([166]), e nell'ammettere forme di maggiore libertà interpretativa solo in presenza di ben precise condizioni ([167]).

b2.2.2) *Per quanto concerne la seconda forma di interpretazione "ragionevole" della norma penale, vale a dire l'interpretazione estensiva "storicamente prevedibile"*, ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo essa sembra rinvenibile in due distinti casi:

— *il primo caso* si ha quando una data interpretazione della fattispecie destinata ad ampliarne l'ambito d'applicazione trae la sua "prevedibilità" da una precedente prassi interpretativa a carattere estensivo ([168]);

([166]) Corte EDU, sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit., p. 461 ss. In dottrina cfr. GUILD, LESIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights: who said what, when?*, London-Boston, 1998, p. 201-202.

([167]) In effetti, riconoscere l'intrinseca "ragionevolezza" dell'interpretazione restrittiva non significa, per gli organi di Strasburgo, negare in radice l'esistenza di ambiti di discrezionalità interpretativa, i quali anzi risultano necessari al giudice per risolvere i singoli casi concreti (in dottrina, per tutti, PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, cit., p. 339; ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 297). La stessa Corte ha infatti sottolineato che "in qualsiasi sistema giuridico, ivi compreso quello penale, sussiste immancabilmente un elemento d'interpretazione giudiziale", ribadendo che "l'art. 7 della Convenzione non deve essere interpretato come atto a vietare la chiarificazione graduale delle regole della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giudiziaria dei singoli casi, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile" (Corte, sent. 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, cit., rispettivamente par. 36 e 34; sent. 22 marzo 2001, *K.-H.W. c. Germania*, in http://cmiskp.echr.coe.int, par. 85; sent. 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, in http://cmiskp.echr.coe.int, par. 82. In dottrina cfr., per tutti, EMMERSON, ASHWORTH, *Human Rights and Criminal Justice*, cit., p. 290 ss.). Fermo comunque restando che tanto nei casi di interpretazione analogica (*analogia legis* o *iuris*) quanto nei casi di interpretazione "additiva" la prevedibilità deve ritenersi certamente esclusa (in questo senso cfr., ad esempio, Commissione, 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, *D.R.* 41, p. 178), l'esame della giurisprudenza CEDU rivela come, nonostante la tendenziale avversione degli organi di Strasburgo per l'interpretazione estensiva della norma penale (sul punto, cfr., per tutte, le succitate sentenze *Kokkinakis*, *Cantoni*, *Baskaya e Okçuoglu.*), tale forma di interpretazione sia consentita nei casi in cui essa non risulti incompatibile col requisito di prevedibilità dell'ambito applicativo della fattispecie. Resta il fatto che la prevedibilità di tale forma di interpretazione appare ricavabile non già in base ad un'analisi di quest'ultima in chiave "tecnica", ma semmai in base ad una sua analisi in chiave "storica", come si avrà modo subito di precisare.

([168]) Ad esempio, la Commissione ha riconosciuto l'ammissibilità di una condanna per atti omosessuali fondata su una norma del codice penale austriaco del 1852 in tema di "indecenza innaturale", in ragione del fatto che tale interpretazione della suddetta norma presentava sì un carattere "estensivo", ma comunque risaliva al 1902 e dunque risultava ormai consolidata, con conseguente prevedibilità dei relativi esiti applicativi (dec. 22 luglio 1970, *X c. Austria*, *Annuario* 13, p. 798; in dottrina cfr.

— *il secondo caso* si ha quando un ampliamento in via interpretativa della portata della norma penale, ancorché contrastante con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, trae la propria giustificazione dal mutamento delle condizioni socio-culturali sussistenti nel periodo di formazione del filone giurisprudenziale improntato al principio di stretta inter-

---

ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 297; VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 481; JACOBS, WHITE, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 164). Per contro, sempre la Commissione ha ritenuto quantomeno problematica in relazione all'art. 7 comma 1 CEDU un'ipotesi di interpretazione estensiva nel caso in cui un'analoga interpretazione estensiva, "benché già applicata in occasione di una precedente causa, sia stata adottata per la prima volta (...) dopo che erano stati commessi gli atti di cui il ricorrente era accusato" (dec. 12 marzo 1981, *X. c. Austria*, *D.R* 22, p. 146). E tuttavia, se è vero che una soluzione interpretativa continuamente riproposta finisce col rendere prevedibili gli ambiti applicativi della relativa norma, è altresì vero che all'interno dei Paesi di *civil law* la tendenza degli organi di Strasburgo a "privilegiare" la coerenza nel tempo delle soluzioni ermeneutiche nazionali può avallare l'esistenza di norme indeterminate e l'adozione di opzioni interpretative più meno larvatamente analogiche (approfondimenti in ROLLAND, *Article 7*, cit., p. 299; VAN DROOGHENBROECK, *Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale*, cit., p. 472). Così, è stata oggetto di critiche perfino da parte di alcuni giudici della Corte (cfr. *Opinione parzialmente dissidente del giudice Repik*, *Raccolta*, 1998, p. 389 ss.) e di una parte della dottrina (KOERING-JOULIN, *Chronique internationale — Droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 392, nt. 32) l'affermazione della stessa Corte EDU secondo cui la definizione del delitto di proselitismo previsto nell'ordinamento greco (art. 4, l. 1363/1938) soddisfa "le condizioni di sicurezza e di prevedibilità richieste dall'art. 7 della Convenzione" anche in ragione "della giurisprudenza costante dei tribunali interni che interpretano e applicano la norma penale in questione" (24 febbraio 1998, *Larissis e altri c. Grecia*, *Raccolta,* 1998, par. 34) In particolare, si è sollevata la questione "se, in un sistema di diritto scritto, il principio di legalità dei delitti e delle pene sia rispettato quando la distinzione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che costituisce l'esercizio normale di una libertà garantita dalla Costituzione sia effettuata non dalla legge ma dal giudice" (*Opinione parzialmente dissidente del giudice Repik*, cit., p. 389). A prescindere dalla effettiva esigibilità di un atteggiamento più rigoristico da parte di un organo giurisdizionale europeo deputato a confrontarsi con sistemi tanto di *civil* quanto di *common law*, appare indiscutibile che, nel privilegiare le condizioni di prevedibilità e di accessibilità garantite da un *continuum* giurisprudenziale (*continuum*, peraltro, da taluno contestato proprio in relazione alla normativa penale greca in tema di proselitismo: cfr., ancora, *Opinione parzialmente dissidente del giudice Repik*, cit., p. 390) la Corte EDU evita di rispondere ad uno spinoso quesito: se cioè, in presenza di norme penali formulate in modo vago, "non si finisca per esigere dal giudice non già una semplice interpretazione restrittiva della legge, ma una ridefinizione della fattispecie incriminatrice" (ivi, p. 389). Una implicita risposta a tale quesito può essere fornita ricordando che "l'interdizione di determinati procedimenti interpretativi" — a carattere estensivo o addirittura creativo — sembra presupporre il "riconoscimento di quell'esigenza di 'tassatività' delle fattispecie penali" (CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., p. 108) necessariamente ignorata da una Convenzione ratificata da Paesi sia di *civil* che di *common law*.

pretazione. Ciò potrà accadere, ad esempio, nei casi in cui il giudice applica "la legge penale a fatti che il legislatore era nell'assoluta impossibilità di prevedere all'epoca della promulgazione della legge, purché la volontà del legislatore di sanzionare fatti di tal natura sia certa e che i fatti in questione possano rientrare all'interno della norma penale" ([169]).

In definitiva, per quanto sin qui visto, si può affermare che la assai ricca giurisprudenza degli organi di Strasburgo concernente il principio di legalità "in materia penale" di cui all'art 7 CEDU, sviluppa in modo tendenzialmente armonico gli aspetti universali-astorici della legge e le garanzie che da essi derivano ([170]), favorendo così l'emersione di taluni corollari del principio in questione non di rado trascurati in ambito nazionale, ed estendendo la loro applicazione anche al di fuori degli illeciti e delle sanzioni "formalmente penali".

Certamente, ciò non significa che l'art. 7 comma 1 CEDU, anche attraverso l'attività interpretativa degli organi di Strasburgo, realizzi una tutela ottimale dei corollari "sostanziali" della legalità. Così, ad esempio, la norma in esame non sancisce (né del resto la relativa giurisprudenza si ingegna a

---

([169]) VELU, ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 515, e bibliografia ivi riportata. In questo senso, si è affermato, viene ammessa dagli organi di Strasburgo una interpretazione estensiva che restituisca "il vero senso della legge", vale a dire "il senso che — in via d'ipotesi — il legislatore attuale avrebbe espresso se avesse oggi redatto il testo" PRADEL, CORSTENS, *Droit pénal européen*, cit., p. 340. Ciò che conta, in estrema sintesi, è che "la legge penale non venga applicata (...) a fatti ai quali il testo della legge non dovrebbe ragionevolmente estendersi": Commissione, dec. 7 maggio 1982, *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, cit., p. 87. Ed infatti, in questa stessa decisione, la Commissione ha ricordato come essa non abbia mancato di respingere taluni ricorsi che invocavano l'inammissibilità di forme di interpretazione estensiva *in malam partem* laddove "l'applicazione (...) di un dato articolo del codice penale non aveva ecceduto i limiti di una interpretazione ragionevole della norma contestata" (ivi, p. 87, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali). Infine, sempre nelle decisione in oggetto, la Commissione ha sottolineato che "gli stessi principi si utilizzano anche per interpretare e applicare la *common law*. Se questa forma di diritto presenta talune particolarità in ragione del fatto che si tratta per definizione di un diritto sviluppato dai tribunali, essa resta nondimeno soggetta alla regola in base alla quale il ruolo normativo dei tribunali deve mantenersi entro limiti ragionevoli" (ivi, p. 87).

In definitiva, nell'ambito dei sistemi tanto di *civil law* quanto di *common law*, "non vi è nulla da obiettare qualora gli elementi costitutivi del reato vengano precisati e adattati a circostanze nuove che possano ragionevolmente rientrare nella originaria concezione del reato" (ivi. p. 87; dec. 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, *D.R.* 41, p. 181). Per contro, cozzerebbe col principio di irretroattività del reato sancito dall'art, 7 comma 1 CEDU il fatto "che ogni atto sino allora non punibile si veda attribuire dai tribunali un carattere penale, o che la definizione dei reati esistenti sia dilatata fino ad inglobare fatti che sino allora non costituivano chiaramente un illecito penale" (ivi. p. 87).

([170]) Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes,* in *Raisonner la raison d'Etat,* a cura di Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 471 ss.

riconoscere) il principio di retroattività favorevole ([171]), viceversa espressamente previsto dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 49 della Carta europea dei diritti ora traslato nell'art. II-109 del Trattato costituzionale europeo nonché, in ambito specificamente comunitario e limitatamente alle sanzioni CE, dall'art. 2, n. 2 del reg. (CE, Euratom) 2988/1995 ([172]). E ancora, non si è mancato di osservare come — con riferimento specialmente al corollario della irretroattività, ma talora anche a quelli di determinatezza e divieto di analogia — a più riprese la giurisprudenza della Corte EDU sembri essere mancata di coraggio, rigettando alcuni ricorsi non privi di qualche fondamento e suscitando in definitiva "l'impressione di una scarsa incisività" ([173]).

E tuttavia, ritenere "debole" la legalità espressa in sede convenzionale ([174]) può apparire un giudizio eccessivamente severo, specie ove si consideri che la dimensione "formale" della legalità penale (nei sistemi di diritto continentale espressa dal corollario della riserva di legge) risulta necessariamente estranea alla CEDU, e che proprio in questi ultimi anni si è venuta manifestando la "tendenza della Corte europea ad esercitare in modo più incisivo il proprio sindacato sul rispetto della legalità in materia penale nei suoi vari aspetti" ([175]) di carattere sostanziale.

([171]) Cfr. Commissione, dec. 6 marzo 1978, *X c. Germania*, *D.R.* 13, p. 70; Corte, 27 settembre 1995, *G c.* Francia, *Serie A*, n. 325-B, par. 26; in dottrina, per tutti, COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 446; *contra*, isolatamente, SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, 1999, p. 212, per il quale la Corte EDU avrebbe implicitamente consacrato il diritto all'applicazione retroattiva della norma penale di favore.

([172]) In base a tale norma "Nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non è stata prevista da un atto comunitario precedente all'irregolarità. In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose".

([173]) NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale*, p. 61 del dattiloscritto in corso di pubblicazione, cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti giurisprudenziali (p. 49 ss.).

([174]) Cfr. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale*, p. 49, 54, 56, 63, 230 del testo dattiloscritto.

([175]) Cfr., ancora, NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale sostanziale*, p. 231 del testo dattiloscritto. Tale tendenza è testimoniata, in particolare, dalla già più volte citata sent. 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, nella quale la Corte EDU ha riconosciuto che, in relazione al caso oggetto del ricorso, "era difficile, persino impossible per il ricorrente prevedere il mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione e dunque sapere che, nel momento in cui li commetteva, i suoi atti potevano comportare una sanzione penale" (par. 36); e che dunque, "nello specifico vi è stata violazione dell'art 7 CEDU" (par. 37).

Dall'analisi sin qui effettuata sembra allora di poter concludere affermando che i contenuti conferiti all'art. 7 comma 1 CEDU dagli organi di Strasburgo smentiscono la concezione secondo la quale le norme della Convenzione europea finiscono col riflettere niente più di quel minimo comune denominatore di tutela già riscontrabile a livello europeo, così da non offrire in nessun caso una protezione ai diritti dell'uomo migliore e più completa di quella assicurata dalle leggi interne dei singoli Stati aderenti alla Convenzione ([176]). Al contrario proprio l'analisi dell'implementazione dell'art. 7 comma 1 da parte dei suddetti organi rivela come il principio di legalità CEDU finisca col condizionare positivamente e nel profondo i sistemi giuridici dei Paesi membri e le relative prassi, valorizzando i profili "astorici" di determinatezza, accessibilità, prevedibilità, irretroattività della norma penale e dello stesso diritto penale vivente di fonte giurisprudenziale.

4.1.2.2. *Il principio di legalità ex art. 7 CEDU e la sua deludente recezione da parte degli organi di Lussemburgo.*

Rispetto a questi significativi sviluppi interpretativi offerti in ambito convenzionale all'art. 7 CEDU, l'attività di implementazione di tale articolo da parte degli organi di Lussemburgo è risultata indubbiamente di minor rilievo. Certamente, come del resto imposto dall'art. 6 par. 2 Tr. UE, in linea di massima e salvo eccezioni il tribunale di primo grado e la Corte di giustizia tendono ad aderire formalmente ai processi di implementazione di tale articolo attuati in ambito convenzionale, con conseguente riaffermazione sia, in via generale, del principio di legalità dei delitti e delle pene, sia, nello specifico, della qualificazione autonoma dell'illecito e della sanzione penale, dell'irretroattività sfavorevole, dell'accessibilità della norma penale, della prevedibilità di quest'ultima e dei relativi corollari (determinatezza e interpretazione ragionevole). Ma, al contempo, non si può ignorare che i risultato pratici cui la giurisprudenza comunitaria perviene attraverso tale attività di ricezione si rivelano spesso deludenti, e restituiscono una sensazione di complessiva scarsa attenzione ai problemi legalistici in ambito CE.

a) Di indubbio interesse appaiono, comunque, alcune risposte a domande di pronuncia pregiudiziale in tema di legalità penale che risultano in piena sintonia con la giurisprudenza di Strasburgo. In particolare, in una prima e notissima risposta della metà degli anni '80 concernente un caso alquanto complesso in cui gli effetti di una norma penale inglese venivano fatti retroagire, la Corte di giustizia ha avuto modo di ricordare che il principio

---

([176]) Per una critica a tale concezione riduttivistica cfr. PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, p. 35, con ulteriori riferimenti bibliografici.

di irretroattività delle disposizioni penali nazionali attuative del diritto comunitario, in quanto sancito tra l'altro dall'art. 7 CEDU come un diritto fondamentale, "fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza" ([177]). E, alla luce di tale principio, la Corte stessa ha potuto dichiarare che il diritto comunitario relativo all'esercizio della pesca non consentiva ad uno Stato membro "di giustificare a posteriori provvedimenti nazionali aventi carattere penale e implicanti sanzioni per un atto che, in realtà, non era punibile nel momento in cui è stato commesso" ([178]).

L'eco sollevato da questa pronuncia, la prima in cui i giudici di Lussemburgo accoglievano esplicitamente il principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU nel diritto comunitario primario, non può peraltro far scordare che detta pronuncia si limitava a contenere nulla più di un richiamo al già allora consolidatissimo ruolo assunto dai diritti/principi convenzionali in sede comunitaria, e alle conseguenze che da questi ultimi discendevano sulle norme comunitarie e su quelle nazionali di derivazione comunitaria.

In una seconda risposta, dodici anni dopo, la Corte di giustizia ha precisato che un corollario del principio di legalità dei reati e delle pene (e più in generale del principio di certezza giuridica) impone, in sede di determinazione dell'estensione della responsabilità penale risultante da una legge interna adottata per trasporre una direttiva, di non applicare le norme penali in modo estensivo a discapito dell'imputato; e che tale corollario, pertanto, osta all'instaurazione di "procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge" ([179]). Anche in questo caso, all'evidenza, i giudici di Lussemburgo si sono limitati a riproporre, in relazione all'art. 7 CEDU, il principio di prevedibilità della norma penale, e il suo corollario di "interpretazione ragionevole" (in quanto innanzitutto restrittiva) cristallizzato dalla giurisprudenza di Strasburgo ([180]).

([177]) Sent. 10 luglio 1984, causa 63/83 (*Kent Kirk*), cit., punto 22. In dottrina cfr., per tutti, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit cornmunautaire applicables en matière pénale*, in *Rev. Sc. crim*., 1987, p. 148.

([178]) Sent. 10 luglio 1984, causa 63/83 (*Kent Kirk*), cit., punto 21.

([179]) Sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95 (*Procedimento penale a carico di X*), cit., p. I-6609, punto 25. In merito all'affermazione che le disposizioni di diritto comunitario a contenuto sanzionatorio si devono interpretare restrittivamente, specie nel caso in cui esse risultino non pienamente soddisfacenti sotto il profilo della determinatezza cfr. già, sia pure senza riferimento alcuno all'art. 7 CEDU, Corte di giustizia, sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, (*Hoffmann-La Roche c. Commissione*), cit., p. 461 ss. In dottrina cfr. GUILD, LESIEUR, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights; Who said what, when?,* London-Boston, 1998, p. 201-202.

([180]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.1., lett. *b2* e, in particolare, lett. *b2.2.1.*

Sempre nel solco di una solida tradizione risultano le risposte date nel 2004 a due distinte domande di pronuncia pregiudiziale. Nella prima si afferma che "il principio di legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 CEDU (...) vieterebbe di sanzionare penalmente" comportamenti non vietati dal diritto nazionale seppur contrari al diritto comunitario ([181]). Si conferma, quindi, che la tutela penale di norme CE deve necessariamente implicare una norma penale d'attuazione. Nella seconda si ribadisce che il principio di irretroattività delle norme penali sancito dall'articolo in esame fa parte integrante dei principi di diritto comunitario; ma al tempo stesso si afferma che il principio in questione può non applicarsi rispetto a misure (nel caso di specie, un prelievo supplementare nel settore del latte) le quali non possano essere considerate sanzioni (*rectius*, sanzioni "in materia penale"), quanto piuttosto restrizioni dovute a regole di politica dei mercati ([182]): una conclusione, questa, ancora una volta assolutamente coerente con la giurisprudenza di Strasburgo, orientata a circoscrivere il concetto di sanzione ai fini dell'applicabilità dell'art. 7 CEDU ([183]).

b) Per contro, tendenzialmente erosive dei contenuti conferiti al principio di legalità penale dagli organi di Strasburgo risultano tutta una serie di sentenze in materia di concorrenza nelle quali i principi e i corollari sviluppati a partire dall'art. 7 CEDU da un lato vengono confermati quali principi generali del diritto comunitario, ma dall'altro lato vengono fortemente limitati nei loro concreti effetti garantistici.

Così, ad esempio, il Tribunale di primo grado ha affermato che il principio di irretroattività delle norme penali e delle sanzioni sancito da tale articolo, opera in quanto principio generale del diritto comunitario anche rispetto alle ammende previste in caso di violazione del diritto della concorrenza, nonché rispetto ad eventuali prassi giurisprudenziali successive sfavorevoli, quali appunto quelle che tendono ad implicare, successivamente alla commissione del fatto illecito, un aumento dell'ammontare delle ammende tradizionalmente irrogate; ma poi conclude che, tenuto conto del margine di discrezionalità dell'organo irrogatore nella determinazione dell'importo delle ammende e del gran numero di criteri rilevanti in sede di commisurazione, la Commissione può — applicando una nuova metodologia di calcolo — elevare l'entità delle ammende inflitte nel passato senza per questo violare il principio di irretroattività, purché naturalmente non si eccedano i limiti massimi fissati in sede regolamentare ([184]).

([181]) Corte di giustizia, sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02 (*Rolex*), punto 63 ss.

([182]) Corte di giustizia, sent. 15 luglio 2004, causa C-459/02 (*Gerekens*), punto 36-38.

([183]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.1., lett. *a*, nt. 157.

([184]) Sent. 20 marzo 2002, causa T-23/99 (*LR AF 1988 A/S*,), punti 217-238. Nello stesso senso cfr. sent. 9 luglio 2003 , causa T-224/00 (*Archer Daniels Midland Company*

In modo ancor più evidente, in una sua recente sentenza, la Corte in Grande Sezione sottolinea dapprima che: 1) il principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU "richiede che le sanzioni irrogate corrispondano a quelle che erano state fissate all'epoca in cui la violazione è stata commessa" ([185]); 2) in relazione a tale articolo "occorre ricordare la giurisprudenza della Corte EDU" ([186]); 3) "da tale giurisprudenza deriva (...) che la nozione di 'diritto' ai sensi del detto art. 7, n. 1, corrisponde a quello di 'legge' utilizzata in altre disposizioni della CEDU ed include il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale" ([187]); 4) il principio di previsione legale dei reati e delle pene previsto da tale norma, benché non possa essere inteso "come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale, può, secondo tale giurisprudenza, opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di un divieto di legge" ([188]), e ciò specialmente ove il risultato di tale interpretazione "non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa" ([189]). Successivamente, però, la Corte afferma che le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo "devono tener conto della possibilità che, in qualsiasi momento, la Commissione decida di aumentare il livello delle ammende rispetto a quello applicato in passato" ([190]); che "ciò vale non solo quando la Commissione procede ad un rilevamento del livello dell'ammontare delle ammende infliggendo ammende nelle sue decisioni personali, ma anche se tale rilevamento viene fatto mediante l'applicazione a casi concreti di norme di portata generale, quali gli orientamenti" ([191]) (nei quali viene indicato il metodo di calcolo cui attenersi in relazione a ciascuna fattispecie); che pertanto "gli orientamenti e, in particolare, il nuovo metodo di calcolo delle ammende da essi previsto, supposto che esso abbia un effetto aggravante sul livello delle ammende inflitte, erano ragionevolmente prevedibili per imprese quali le ricorrenti all'epoca in cui le infrazioni di cui trattasi erano state commesse" ([192]).

---

e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd), punto 39 ss.; sent. 29 novembre 2005, causa T-64/02 (*Heubach*), punto 205 ss.

([185]) Sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02, C-202/02, C-205I02, C-206/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02 (*Dansk Rørindustri*), punto 202.

([186]) *Ivi*, punto 215.

([187]) *Ivi*, punto 216.

([188]) *Ivi*, punto 217.

([189]) *Ivi*, punto 218.

([190]) *Ivi*, punto 229.

([191]) *Ivi*, punto 230.

([192]) *Ivi*, punto 231.

Anche talune recenti pronunce del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia in materia di concorrenza ribadiscono l'attuale tendenza dei relativi giudici a riaffermare solennemente i diversi corollari della legalità penale così come sviluppati dagli organi di Strasburgo, ma al contempo di attutirne l'impatto pratico sui casi in giudizio. Così la Terza Sezione del Tribunale ricorda i vincoli in tema di determinatezza e prevedibilità che discendono dall'art. 7 CEDU in quanto principio generale del diritto comunitario ([193]) e precisa che tale principio informa sia le norme di carattere penale sia "gli strumenti amministrativi specifici che impongono o consentono di imporre sanzioni amministrative" ([194]), applicandosi "non solo alle norme che stabiliscono gli elementi costitutivi di un'infrazione, ma altresì a quelle che definiscono le conseguenze derivanti da un'infrazione alle prime" ([195]). Poi però — dopo aver sottolineato i "cedimenti" rinvenibili nella stessa giurisprudenza di Strasburgo in tema di rapporti tra principio di determinatezza, esigenze di prevedibilità e modalità di esercizio del potere discrezionale dell'organo giudicante ([196]) — si ribadisce che "la Commissione può adattare in ogni momento il livello delle ammende qualora l'efficace applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza lo richieda; in tal caso una siffatta modificazione di una pratica amministrativa può essere considerata oggettivamente giustificata dall'obiettivo di prevenzione generale delle infrazioni alle regole comunitarie della concorrenza" ([197]). E, sulla base dei medesimi presupposti, perviene alle stesse conclusioni la Prima Sezione della Corte di giustizia: la quale, dopo aver fatto sperare in un mutamento giurisprudenziale a seguito dell'ammissione che "la modifica di una politica repressiva, nella fattispecie la politica generale della Commissione in materia di concorrenza per quanto riguarda le ammende, in particolare se essa è attuata attraverso l'adozione di norme di comportamento quali gli orientamenti, può (...) produrre alcuni effetti rispetto al principio di retroattività" ([198]), ribadisce che "le imprese (...) non possono riporre un legittimo affidamento nel fatto che la Commissione non supererà il livello delle ammende praticato anteriormente" ([199]), e che ciò potrà accadere sia in forza di scelte discrezionali prese nell'ambito delle sue decisioni individuali,

---

([193]) Sent. 5 aprile 2006, causa T- 279/02, (*Degussa AG*), cit., punti 66-67

([194]) *Ivi*, punto 67.

([195]) *Ibidem.*

([196]) *Ivi*, punto 73

([197]) *Ivi*, punto 81. Da ciò consegue che "Il recente aumento dell'entuità delle ammende sottolineato e contestato dalla ricorrente non può pertanto, di per sé, essere considerato illegittimo rispetto al principio di legalità delle pene..." (ivi).

([198]) Sent. 18 maggio 2006, causa C-397/03 (*Archer Daniels*), cit., punto 20.

([199]) *Ivi*, punto 22.

sia in forza dell'adozione di norme portata generale, quali gli orientamenti ([200]). Ulteriori, ancor più recenti sentenze dei giudici di Lussemburgo ribadiscono il quadro complessivo sin qui delineato ([201]).

4.1.2.3. *Spunti sulle possibili ragioni della limitata portata pratica riconosciuta dalla Corte di giustizia al principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU.*

L'esame dei contenuti e degli effetti ricondotti dalla Corte di giustizia al principio di legalità penale *ex* art. 7 CEDU e la connessa sensazione di una certa qual attenuazione della complessiva portata garantistica riconosciuta in tale sede al principio in oggetto, rispetto a quella conferita al suddetto principio dagli organi di Strasburgo, non deve sorprendere più di tanto ([202]). In effetti, come già accennato, da lungo tempo la consapevolezza sia dei mutevoli sviluppi consentiti rispetto ai principi di diritto e ai loro corollari, sia delle sovrapposizioni di competenze riscontrabili in relazione ai medesimi principi tra le due supreme Corti europee ([203]), aveva indotto a paventare il rischio di contrasti fra le relative giurisprudenze ([204]); contrasti poi in taluni casi effettivamente verificatisi ([205]).

([200]) *Ivi*, punto 24.

([201]) Sent. 27 settembre 2006, causa T-329/01, (*Archer Daniels*); sent. 27 settembre 2006, causa 59/02, (*Archer Daniels*).

([202]) E ciò, nonostante che il ricorso al parametro di legittimità comunitaria costituito dalle norme contenute nei trattati in tema di diritti fondamentali, e in particolare alla CEDU, dovrebbe in linea di massima offrire risultati ispirati ad una certa coerenza e precisione; risultati, in ogni caso, ben più sicuri di quelli ottenibili attraverso il ricorso al parallelo parametro di legittimità comunitaria costituito dalle tradizioni costituzionali dei Paesi CE/UE. Sul punto cfr., per tutti, GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. intern.*, 1988, p. 584; MANCINI, DI BUCCI, *Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire*, in *Collection Courses Acad. Europ. Law*, 1990, 1, p. 38.

([203]) Ma anche tra queste due Corti e le Corti costituzionali dei Paesi membri

([204]) Cfr. già, tra gli altri, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit cornmunautaire applicables en matière pénale*, cit., p. 165; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme: quelques observations liminaires*, cit., p. 122 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 585 ; LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, Koln Berlin Bonn,1988, p. 335 ss.

([205]) Cfr., ad esempio, RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 532, nt. 19; VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 96.

Vero è che, per certi aspetti, si potrebbe essere indotti a pensare che tra le due supreme Corti, quella più propensa a realizzare una implementazione dinamica dei principi di diritto dovrebbe essere proprio la Corte di giustizia. Infatti, senza con questo nulla voler togliere al carattere evolutivo dalla giurisprudenza CEDU, resta il fatto che lo scopo primario della Convenzione europea e dei suoi organi consiste semplicemente nel realizzare, attraverso la fissazione di regole minime, quell'"unione più stretta" fra gli Stati auspicata dal Consiglio d'Europa; mentre lo scopo primo della CE/UE e dei relativi apparati giudicanti appare sotto molti aspetti assai più ambizioso, consistendo nell'armonizzazione e addirittura talora nell'unificazione delle legislazioni interne relativamente alle materie previste dai Trattati, e più in generale nel progressivo sviluppo politico-giuridico di una Comunità integrata (206). Del resto, non sono mancati i casi in cui la Corte di giustizia, partendo da taluni principi CEDU, ne ha potenziato gli effetti garantistici in funzione delle specifiche esigenze dell'ordinamento comunitario (207).

Ma è anche vero che, per altri aspetti, sembrerebbe lecito aspettarsi un maggiore sviluppo dei principi di diritto da parte della giurisprudenza di Strasburgo piuttosto che da parte di quella di Lussemburgo (beninteso, limitatamente ai principi in tema di diritti fondamentali sanciti dalla CEDU). Si pensi, soprattutto, al fatto che la Convenzione europea è il luogo per eccellenza di tutela di tali principi e diritti; tutela in vista della quale, per l'appunto, agisce un organo giurisdizionale eminentemente specializzato (la Corte EDU) e a tutti gli effetti indipendente, "terzo" rispetto sia agli Stati sia alla Comunità/Unione. Di fatto, al di la di ogni affermazione di principio in merito alla configurazione delle disposizioni CEDU quale imprescindibile limite di legittimità delle norme comunitarie, assai numerose sono le sentenze della Corte di giustizia nelle quali la tutela offerta attraverso il richiamo della CEDU e dei suoi principi finisce col rivelarsi insufficiente se non addirittura irrilevante (208).

---

(206) Cfr., su1 punto, ELENS, *La notion de democratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme*, in *Boletim do Ministerio da Justica*, 1981, p. 233; HAILBRONNER, *Die Einschränkung von Grundrechten in einer democratischen Gesellschaft, in Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbdarkeit Menschenrechte*, in *Festschrift für H. Mosler*, Berlin, 1983, p. 380 e 383; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fur Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 1981, p. 481 ss. Cfr. altresì le relazioni di GOLSONG, SASSE, PESCATORE, KLEIN, in *Grundrechtsschutz in Europa*, a cura di Mosler, Bernhardt, Hilf, 1977, rispettivamente a p. 7 ss., 51 ss., 64 ss., 133 ss.

(207) Così, ad esempio, le garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU sono state ampliate in talune sentenze della Corte di giustizia. Sul punto cfr., anche per puntuali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 176-177, nt. 40.

(208) Cfr., emblematicamente e per tutti, GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 582 ss.

In questa situazione antinomica, ciò che concretamente condiziona gli sviluppi dei principi e diritti sono allora il pragmatismo e le priorità delle due Corti. Quanto al pragmatismo di queste ultime ([209]), che tende a permeare lo stesso stile delle sentenze ([210]), esso si esprime nella inclinazione dei giudici a modulare il livello di tutela garantito ai singoli principi/diritti sia in base al contingente "grado di accettazione" dei Paesi membri ([211]) sia in base alle peculiarità di ogni concreta controversia ([212]). Quanto alle priorità delle due Corti, è chiaro che (anche a prescindere da ciò che si è sopra detto in ordine agli scopi rispettivamente privilegiati a livello convenzionale e comunitario) esse possono essere diverse a Strasburgo e Lussemburgo. Sotto quest'ultimo profilo, dunque, non desta sorpresa che la Corte EDU sia orientata a privilegiare i principi e diritti fondamentali di prima generazione mentre la Corte di giustizia i principi/diritti di natura socio-economica e più in generale quelli "essenziali dell'ordinamento comunitario" ([213]).

Tutto ciò premesso, allora, quali conclusioni possono ricavarsi dalla limitata portata pratica riconosciuta dalla Corte di giustizia al principio di cui all'art. 7 CEDU? Forse che tale principio, considerato esplicitamente come inderogabile in sede convenzionale ([214]), può viceversa soccombere in sede comunitaria nei giudizi di bilanciamento tra diritti fondamentali di

---

([209]) In relazione al quale cfr. ad esempio, con riferimento alla Corte EDU, BERNARDI, "*Principi di diritto*" *e diritto penale europeo*, cit., p. 208; con riferimento alla Corte di giustizia cfr. PICOD, voce *Principes généraux du droit*, in BARAV, PHILIP, *Dictionnaire juridiqyue des Communautés européennes*, Paris, 1993, p. 858 ss..

([210]) Cfr. sul punto, con specifico riferimento alla Corte di giustizia e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, Milano, 2000, p. 130.

([211]) Cfr. MELCHIOR, *Notions "vagues" ou « indeterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of G. J. Wiarda*, cit., p. 412.

Ben si spiega quindi come entrambe le Corti supreme tendano ad orientare i rispettivi processi interpretativi in tema di principi/diritti verso elementi extragiuridici, essenzialmente politici e sociali, mutevoli e di difficile valutazione. A riconferma della intrinseca attitudine dei principi/diritti a "perdere la loro dimensione giuridica": LOSCHAK, *Mutations des droits de l'homme et mutation du droit*, in *Revue interdisciplinare d'études juridiques*, 1984, p. 49 ss.

([212]) Cfr. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario,* Torino, 1997, p. 20.

([213]) NASCIMBENE, SANNA, *Commento all'art. 6 TUE*, cit., p. 57. A titolo d'esempio, gli Aa. non mancano di rilevare, in sede di bilanciamento tra contrapposti diritti, la tendenza della Corte di giustizia a privilegiare la libertà di prestazione di servizi rispetto alla libertà di espressione, la libera circolazione dei lavoratori rispetto ai diritti delle minoranze linguistiche, la libera circolazione dei servizi rispetto al diritto alla vita (*ivi*, con puntuali riferimenti giurisprudenziali).

([214]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.1., nt 154.

origine CEDU e diritti economici CE? La cosa non sembra affatto sicura, tenuto conto del fatto che il principio di legalità, pur condensando all'evidenza una serie di esigenze (certezza del diritto, libertà individuale, giustizia) deputate a farne ondensandoun diritto fondamentale "di prima generazione", e pur occupando indiscutibilmente una posizione centrale all'interno del complesso di garanzie previsto dalla Convenzione europea, rientrerebbe al contempo, almeno secondo una parte della dottrina, tra i principi costituzionali del sistema comunitario, cioè tra i principi "che identificano gli elementi essenziali costituenti l'ordine comunitario" ([215]). Resta il fatto che i mutevoli sviluppi assunti dal principio di legalità CEDU nella giurisprudenza delle due supreme Corti europee non possono essere certo ascritti solo al posizionamento di tale principio all'interno di classificazioni tanto raffinate quanto opinabili ([216]), ma semmai, come sopra accennato, alle esigenze privilegiate nell'ambito delle concrete controversie, alla maggiore o minore sensibilità dei giudici ai problemi legalistici.

E allora? Forse che, come parrebbe emergere dalle sentenze da ultimo ricordate ([217]), l'interesse comunitario alla efficace tutela delle regole in tema di concorrenza viene considerato dai giudici di Lussemburgo talmente importante da prevalere anche rispetto a quel corollario del principio di legalità costituito dal divieto di retroattività sfavorevole in materia di prassi sanzionatorie? Ovvero che la "debolezza" già propria, secondo taluni ([218]), della legalità espressa in sede convenzionale è destinata a manifestarsi in forme amplificate nella giurisprudenza CE, tenuto conto — al di là di ogni affermazione della Corte di giustizia in merito alla "fondamentalità" del principio di legalità all'interno del sistema comunitario ([219]) —

([215]) TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, cit., p. 107, con ulteriori riferimenti bibliografici..

([216]) Per divergenti proposte di classificazione dei principi in oggetto cfr., tra gli altri, BENGOETXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*, Oxford-New Jork, 1993, p. 72 ss. ; PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concretisation*, Athenes-Bruxelles, 1996; PESCATORE, *Art. 164 - Commentaire article par article,* in *Traité instituant la CEE,* a cura di V. Constantinesco, R. Kovar, J.-P. Jacqué, D. Simon, Paris, 1992, p. 941 ss. Sul carattere intrinsecamente discutibile delle classificazioni relative ai principi generali del diritto comunitario cfr. PICOD, voce *Principes généraux du droit*, cit., p. 861.

([217]) Sent. 20 marzo 2002, causa T-23/99 (*LR AF 1988 A/S,*) ; sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02, C-202/02, C-205I02, C-206/02, C-207/02, C-208/02, C-213/02 (*Dansk Rørindustri*); sent. 5 aprile 2006, causa T- 279/02, (*Degussa AG*); sent. 18 maggio 2006, causa C-397/03 (*Archer Daniels*),

([218]) Cfr, *supra*, *sub* par. 4.1.2.1., nt. 174.

([219]) Al riguardo, cfr., esemplificativamente e da ultimo, sent. 5 aprile 2006, causa T- 279/02, (*Degussa AG*), cit., punto 35.

della tradizionale estraneità a tale sistema del diritto penale e dei suoi principi?

Con ogni probabilità, nell'attuale fase della trattazione sarebbe prematuro offrire risposte a tali quesiti. In effetti, un giudizio davvero consapevole sul punto non può esaurirsi nell'esame degli sviluppi conferiti al principio di legalità penale dalla Corte di giustizia a partire dagli accordi internazionali sui diritti umani (vale a dire, essenzialmente, a partire dalla CEDU). Un tale giudizio deve, cioè, muovere anche da un attento esame degli sviluppi conferiti al suddetto principio attraverso l'altra grande fonte di ispirazione della Corte di giustizia in tema di principi comunitari di diritto "non scritto", vale a dire attraverso le tradizioni costituzionali dei Paesi UE.

4.2. *Il principio di legalità penale europea alla luce delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. L'incidenza su di esso dei diversi criteri di recepimento dei diritti fondamentali in ambito comunitario.*

Come già in precedenza ricordato, nell'ambito della creazione pretoria dei principi comunitari di diritto non scritto, ed in particolare di quelli in materia di diritti fondamentali, i giudici di Lussemburgo hanno deciso di ricondurre all'interno di questi ultimi non soltanto i principi/diritti inscritti nei trattati internazionali cui i Paesi CE hanno cooperato o aderito, ma anche quelli inscritti nelle tradizioni giuridiche di tali Paesi: più precisamente, quelli "riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati membri", ovvero — limitandosi ad un incompleto campionario di formule stereotipate solo a prima vista equivalenti, ma in realtà ricche di significati o sfumature differenti — "rientranti nelle tradizioni costituzionali comuni", "comuni a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri", "comuni ai diritti degli Stati membri".

Sembrerebbe inutile sottolineare le importantissime conseguenze che teoricamente finirebbero col discendere, in relazione al principio di legalità penale europea, dall'inclusione delle Costituzioni/ordinamenti/diritti nazionali tra le fonti da cui trarre i principi/diritti fondamentali "europei" a carattere implicito. In effetti le Costituzioni dei Paesi in questione e le relative prassi giurisprudenziali non solo spesso "pongono in vetrina" il principio di legalità penale ([220]), ma ne ampliano il catalogo dei corollari chiamati a operare all'interno dei relativi ordinamenti giuridici nazionali. In particolare,

---

([220]) Senza pretesa di completezza, art. 7 Cost. belga, art. 7 e 8 della Dichiarazione del 1789 recepita dalla Costituzione francese del 1958, art. 7 Cost. greca, art. 25 Cost. italiana, art. 12 Cost. lussemburghese, art. 175 Cost. olandese, art. 29 Cost. portoghese, artt. 9 e 25 Cost. spagnola, art. 1 cap. VIII Cost. svedese, art. 103 Cost. tedesca. In argomento cfr. *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999.

diversamente dalla CEDU, il più delle volte le Costituzioni e i loro sviluppi interpretativi non si limitano a prevedere o enucleare i tradizionali corollari "astorico-universali" della legalità, ma ne contengono o comunque ne individuano anche i corollari "storico-formali", concernenti come si sa le fonti legittimate alla produzione delle norme penali. Bastino, a questo proposito, le testimonianze offerte dalla Costituzione italiana (la quale all'art. 25 comma 2 prevede esplicitamente il principio-corollario della riserva di legge in materia penale, poi ulteriormente precisato nei suoi contenuti e limiti dalla giurisprudenza costituzionale), dalla Legge Fondamentale tedesca (che agli artt. 31, 72 e 74 regola la potestà normativa penale della Federazione e dei *Länder*) ([221]), dalla Costituzione portoghese (che all'art. 28 sancisce un principio di legalità/riserva di legge poi ulteriormente specificato in sede codicistica) ([222]), dalla Costituzione spagnola (che all'art. 81 impone il ricorso alla legge organica in sede di regolamentazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche), sia dall'ordinamento giuridico francese (che al comma 3 dell'art. 112.1 del codice penale sancisce un principio di retroattività favorevole oltralpe ormai da tempo costituzionalizzato) ([223]).

Tuttavia, già a livello teorico, tutt'altro che sicure sono le conseguenze derivanti dal recepimento, da parte della Corte di giustizia, del principio di legalità penale e dei suoi corollari quali emergono dai sistemi costituzionali nazionali. Appare infatti chiaro che tali conseguenze vengono in larga misura a dipendere dal criterio o dai criteri prescelti per tale attività di recepimento.

Ovviamente, il problema del criterio/criteri di individuazione dei profili della legalità penale recepibili in sede comunitaria non può essere isolato dal più generale problema concernente l'individuazione del criterio/criteri adottati dalla Corte di giustizia in sede di enucleazione dei principi in tema di diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni dei Paesi CE. Come infatti vedremo subito, in linea puramente astratta tali criteri potrebbero essere estremamente diversi, spaziando dal criterio in base al quale la tutela comunitaria dei diritti fondamentali deve essere costantemente orientata al livello più alto di protezione rinvenibile, in relazione a ciascuno di tali diritti, all'interno dei sistemi costituzionali nazionali dei Paesi membri, al criterio in base al quale la tutela comunitaria deve circoscriversi al minimo denominatore comune di protezione riscontrabile nei suddetti sistemi costituzionali.

([221]) Cfr., per tutti, FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 40, con ulteriori riferimenti bibliografici.

([222]) Cfr., per tutti, FIGUEIREDO DIAS, *Introduzione*, in *Il codice penale portoghese*, padova, 1997, p. 12.

([223]) In merito all'elevazione al rango costituzionale del principio di retroattività favorevole in Francia cfr. Cons. cost., sent. 20 gennaio 1981, in *Jurisclasseur périodique*, 1981, II, 11701, con nota di FRANCK ; in *Recueil Dalloz*, 1982, p. 441, con nota di DEKEUWER.

Naturalmente, esula dallo scopo di questo lavoro offrire una panoramica completa dei molteplici criteri utilizzati o comunque utilizzabili dalla Corte di giustizia nella sua attività di individuazione e trasposizione in ambito CE/UE dei principi/diritti fondamentali di matrice costituzionale. Una tale panoramica presupporrebbe, oltretutto, una ricerca tanto meticolosa quanto estenuante, tenuto anche conto del fatto che "nella giurisprudenza comunitaria sono piuttosto rare le enunciazioni di criteri metodologici per la individuazione dei principi generali" ([224]), o quantomeno di criteri metodologici che vadano al di là di un generico richiamo all'importanza dell'attività comparatistica ([225]). Senza contare che, se da un lato appare inevitabile la tendenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia a privilegiare nella sue decisioni il metodo comparativo ([226]), dall'altro lato la relativa giurisprudenza non risulta affatto accompagnata da un costante, coerente sistema di richiami alle tradizioni costituzionali nazionali.

Ci limiteremo pertanto ad esaminare quattro fondamentali criteri variamente rinvenibili nelle decisioni dei giudici e assai dibattuti in dottrina: vale a dire i criteri cosiddetti del *maximum standard*, dell'orientamento prevalente, della *better law*, del minimo denominatore comune. Come si è detto, lo scopo di tale esame è essenzialmente quello di individuare il modello di legalità penale connesso in ambito comunitario all'adozione di ciascuno di tali criteri.

4.2.1. *Il criterio del* maximum standard. *Suoi fondamenti teorici, suoi aspetti problematici e sue possibili ricadute sul principio di legalità.*

Occorre subito sottolineare che, tra i succitati criteri, quello del *maximum standard* — al quale parrebbero ispirarsi sia la Corte di giu-

---

([224]) ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 535.

([225]) *Ivi*, p. 539.

([226]) Tra le ragioni che paiono rendere inevitabile tale tendenza, vale la pena ricordare innanzitutto: *a)* la stessa composizione del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia (come noto formati da giudici — alti magistrati e giuristi di chiara fama — scelti senza vincoli di nazionalità, eletti di comune accordo per un periodo di sei anni dai governi degli Stati membri e dotati di un'assoluta indipendenza nei confronti di questi ultimi); *b)* la stessa struttura dell'ordinamento comunitario, divenuta vieppiù simile a quella degli ordinamenti nazionali, con conseguente tendenza a ricalcare modelli e principi tipici di questi ultimi (cfr., in particolare, AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities,* in *British Yearbook of International Law,* 1981, p. 31); *c)* la necessità di garantire una interpretazione delle rispettive fonti "autonoma" ma al contempo ispirata al patrimonio di tradizioni e principi propri dei relativi Stati (cfr., tra gli altri, KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour,* in *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976, Publications de la Cour de Justice des Communautés européennes,* Luxembourg, 1976, p. 1 ss.).

stizia già in alcune celebri decisioni degli anni '70 ([227]) sia il preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 ([228]) — spicca sia per *solidità di fondamento* sia per *efficacia funzionale*, pur non andando esente da *obiettive difficoltà d'applicazione* e più in generale da *controindicazioni di vario tipo*.

a) *Per quanto concerne il fondamento di tale criterio*, occorre innanzitutto segnalare che nelle succitate decisioni la Corte di giustizia parrebbe ritenerlo connaturato nel richiamo ai principi generali di diritto operato — in modo più o meno evidente — dagli artt. 220, 230 e 288 Tr. CE ([229]); in questo senso, dunque, tale richiamo dovrebbe riferirsi a tutti i principi in materia di diritti dell'uomo previsti nelle Costituzioni degli Stati membri.

Ora, per vero, affidare il criterio di massima tutela dei diritti fondamentali alle sole enunciazioni del Trattato CE in tema di principi generali del

---

([227]) Cfr. sent. 14 maggio 1974, causa 4/73 (*Nold*) , in *Racc*., 1974, p. 491 ss.); sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79 (*Hauer*, in Racc., 1979, p. 3727 ss. In tali pronunce, infatti, la Corte si è richiamata non solo alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma anche ai "diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati" (rispettivamente, p. 507 e p. 3745). Ora, l'analisi di quest'ultima espressione ha indotto una parte della dottrina a ritenere che la Corte non si limiti ad individuare i diritti fondamentali fra i "principi comuni", ma faccia piuttosto riferimento a tutti i principi in materia di diritti dell'uomo previsti nelle Costituzioni degli Stati membri. In altre parole, il criterio del *maximum standard* nascerebbe proprio dalla rinuncia della Corte ad un "criterio comune minimo", richiedendo essa Corte aolamente, ai fini del recepimento dei diritti fondamentali, l'assenza in relazione a questi ultimi di una evidente contraddittorietà fra i sistemi costituzionali interni. Cfr., *amplius* e con diverse sfumature, Commissione delle Comunità europee, *La protéction des droits fondamentaux dans la Communauté européenne,* in *B ulletin des Communautés européennes*, *Supplement 5/76,* 9; BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Riv. dir. intern*., 1981, p. 320 e bibliografia ivi citata alla nota 15; BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, p. 458 ss.; GREMENTIERI, Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa, in *Dir. com. scambi intern.*, 1979, p. 5; HILF, *The protection of fundamental rights in the Community*, in *European law and the individual*, a cura di Jacobs, Amsterdam, 1976, p. 149; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, cit., p. 716; SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1979, p. 27 ss.

Più recentemente, il criterio del *maximum standard* rieccheggia, ad esempio, nella sent. 11 gennaio 2000, causa C-285/1998, (*Kreil)*, in *Racc.*, 2000, p. I-69 ss., secondo la quale "la giurisprudenza comunitaria non deve cogliersi come limitativa delle tutele assicurate a livello nazionale, se non, al contrario, come una 'tutela rinforzata'": GAMBINO, *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e Trattati comunitari*, cit., p. 448, con ulteriori riferimenti dottrinali.

([228]) Cfr, *supra*, *sub* par. 4.

([229]) Cfr., supra, *sub* par. 4., nt. 95.

diritto non appare argomento del tutto convincente. Sin da subito, del resto, una parte della dottrina non aveva mancato di osservare che il richiamo ai principi generali di diritto operato dai summenzionati articoli (in base alla numerazione di allora 164, 173 e 215 Tr. CEE) sembrava implicare, con specifico riferimento ai principi in materia di diritti dell'uomo, la tutela da parte della Comunità dei diritti fondamentali comuni, se non a tutte le Costituzioni dei Paesi membri, quantomeno alla massima parte di esse ([230]). In questo senso, alla luce dei soli principi generali potrebbe risultare difficile, per la Corte di giustizia, affermare l'illegittimità, oltre che degli atti comunitari contrari agli sviluppi dei diritti fondamentali tradizionalmente comuni alla massima parte delle Costituzioni dei Paesi membri, anche degli atti comunitari contrari a certi particolari sviluppi di tali diritti rinvenibili in pochi sistemi costituzionali o addirittura in uno solo di questi sistemi ([231]).

Vero è, peraltro, che il criterio del *maximum standard* sembra poter contare su un altro, ben più persuasivo, fondamento. Si allude alla cosiddetta "teoria del trasferimento", secondo la quale il limite del rispetto dei diritti fondamentali di matrice costituzionale, imponendosi sempre e comunque ai legislatori interni, si estenderebbe anche all'esercizio dei poteri normativi da questi conferiti (nella massima parte dei casi, con legge ordinaria) alle Comunità in sede di ratifica dei Trattati ([232]). Per la teoria in questione, in altre parole, "nella misura in cui le costituzioni nazionali, nelle loro elencazioni dei diritti fondamentali, impongono restrizioni al potere legislativo, restrizioni analoghe devono essere osservate da parte delle istituzioni comunitarie nell'esercizio dei poteri che sono stati loro attribuiti" ([233]) dal legislatore interno.

A questo punto è facile capire come la teoria del trasferimento postuli — in modo molto più evidente di quanto non risulti sulla base delle norme del trattato CE evocative dei principi generali — l'illegittimità di ogni atto comunitario contrastante non solo con i diritti fondamentali comuni alla

---

([230]) In questo. senso cfr. già, con diverse sfumature, FUSS, *Die europäischen Gemeinschaften und der Rechtsstaatsgedanke*, Luxemburg, 1967, p. 13 ss.; STEIDORFF, *Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1964, p. 57 ss.

([231]) Sul punto, amplius, TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 734; SASSE, *La protection des droits fondamentaux dans la Cornmunauté européenne*, in *Mélanges Dehousse*, vol. II, *La construction européenne*, Paris-Bruxelles, 1979, p. 259.

([232]) Cfr., per tutti, SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, p. 105 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 733.

([233]) SØRENSEN, *Punti di contatto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, p. 164 ss.

maggioranza delle Costituzioni europee, ma anche con ogni ulteriore diritto fondamentale previsto da poche o persino da un'unica tra le suddette Costituzioni ([234]). Inoltre tale teoria comporta altresì che la valutazione della legittimità degli atti comunitari sia fatta sulla base del più alto grado di sviluppo assunto da ciascun diritto fondamentale in uno o più sistemi costituzionali dei Paesi membri, e non invece sulla base, volta a volta, dello sviluppo "prevalentemente" assunto da ciascun diritto fondamentale in ambito europeo, dello sviluppo "preferibile" in prospettiva comunitaria, dello sviluppo "medio" ricavabile attraverso una indagine comparatistica, del "minimo denominatore comune" di sviluppo emergente da una siffatta analisi.

In sintesi, la teoria del trasferimento — col suo riferimento ai rapporti gerarchici esistenti all'interno di ogni Stato tra fonti costituzionali in tema di diritti fondamentali e fonti ordinarie attuative dei Trattati — sembra imporre una tutela comunitaria dei diritti fondamentali costantemente orientata al livello più elevato di protezione riconosciuto a tali diritti dai sistemi costituzionali statuali ([235]), concorrendo potentemente all'affermazione di quel criterio del *maximum standard* del resto impostosi sin da subito all'attenzione di molti studiosi ([236]).

([234]) Così, molto esplicitamente HILF, *The protection of fundamental rights in the Community*, in *European law and the individual*, cit., p. 149: "Il riferimento alle costituzioni degli Stati membri indica che la Corte seguirà uno *standard* massimo, vale a dire che essa invaliderà qualsivoglia norma di diritto comunitario configgente con *qualsiasi* diritto garantito da *qualsiasi* costituzione degli Stati membri"; SØRENSEN, *Punti di contatto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità europee*, cit., p. 165. Cfr. altresì, nello stesso senso, le Conclusioni dell'Avvocato generale Jean-Pierre Warner del 22 giugno 1976, causa 7/76, (*I.R.C.A.*), in *Racc.*, 1976, p. 1236.

([235]) Cfr., in particolare, TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. p. 735; HETSCH, *Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1982, p. 536.

([236]) Cfr., per tutti ma con sfumature significativamente diverse, Commissione delle Comunità europee, *La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne,* cit.; COHEN-JONATHAN, La Cour des Communautés européennes et les droit de l'homme, cit., p. 85 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautarie*, cit., p. 411 ss.; GREMENTIERI, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1979, p. 5 ss.; HETSCH, *Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, cit., p. 535 ss.; HILF, *The protection of fundamental rights in the Community*, cit., p. 149; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, cit., p. 715 ss.; MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea* in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, Padova, 1990, p. 266 ss.; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano,* in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano,* Milano, 1982, 61 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza*

b) Per quanto concerne poi le funzioni assolvibili dal criterio in oggetto, basterà qui sottolineare che il livello di massima tutela dei diritti fondamentali da esso espresso, implicando un severissimo controllo di legittimità comunitaria sulla legislazione "europea" (e sulle norme nazionali di trasposizione), sembra suggerito anche da evidenti considerazioni d'ordine pratico. In effetti, laddove la normativa "europea" venisse 'vagliata' alla luce di un criterio meno rigoroso di quello in esame e a causa di ciò finisse con l'implicare, in uno o più Stati membri, l'erosione del livello di tutela ivi assicurato anche ad un solo diritto fondamentale, lo stesso primato del diritto "europeo" potrebbe essere contestato da parte dello Stato, o degli Stati, caratterizzati (rispetto a quel dato diritto fondamentale) da un sistema giuridico nazionale più garantista ([237]). In questa prospettiva, ben si comprende allora come solo il criterio del *maximum standard* possa implicare un controllo della normativa comunitaria pienamente soddisfacente per i Paesi UE, e tale da indurli a riconoscere senza riserve il primato del diritto comunitario sul diritto interno.

A queste considerazioni d'ordine pratico si accompagnerebbero, secondo taluni, anche considerazioni d'ordine sistematico. Per costoro, soltanto il criterio in esame potrebbe assicurare — in materia di diritti fondamentali — la piena corrispondenza fra l'ordinamento giuridico comunitario e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri; laddove tale corrispondenza altro non sarebbe se non "l'espressione specifica della generale necessità d'una (...) omogeneità strutturale, o almeno d'una corrispondenza strutturale nei (...) rapporti" ([238]) tra i suddetti sistemi.

c) La tendenziale validità del fondamento teorico su cui poggia il criterio del *maximum standard*, ed anche le positive conseguenze d'ordine pratico e sistematico correlate ad una sua adozione, non possono tuttavia indurre a ignorare *le controindicazioni del criterio in oggetto*, che ne spiegano il vieppiù scarso successo presso i giudici di Lussemburgo ([239]).

---

della Corte delle Comunità europee, cit., p. 734 ss.; TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, cit., p. 109; ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *Rabels Zeitschrift fur ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, p. 621 ss.

([237]) Cfr., in particolare, HETSCH, *Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, cit., p. 536; SIMON, *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes: l'arret Rutili*, in *Rev. Marché commun*, 1976, p. 221.

([238]) DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautarie*, cit., p. 403. Sulla teoria della "equivalenza strutturale" cfr. tuttavia, i rilievi critici di PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, cit., p. 633 ss., e bibliografia ivi riportata.

([239]) Vero è infatti che, dopo i "successi" degli anni '70, il criterio del *maximum standard* ha conosciuto, nei fatti, un progressivo declino. Cfr., per tutti, PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 172 ss.

Al riguardo, una parte della dottrina ha innanzitutto eccepito come l'eventuale obbligo di attestarsi, in relazione ai diritti fondamentali, sul "livello massimo di sviluppo" di ognuno di questi possa paradossalmente compromettere proprio quel principio del primato del diritto comunitario di cui il criterio del *maximum standard* voleva favorire l'accettazione da parte degli Stati ([240]). Il riconoscimento di un tale obbligo equivarrebbe infatti ad attribuire ad ogni sistema giuridico nazionale il diritto di imporre i propri principi/diritti fondamentali all'interno di tutta la Comunità ([241]), disconoscendo l'autonomo fondamento di tali principi/diritti in sede europea ([242]).

Altra parte della dottrina ha invece eccepito che imporre nell'ordinamento comunitario una protezione dei diritti fondamentali *"corrispondente nell'essenziale"* a quella assicurata negli ordinamenti nazionali, non significa pretendere una tutela in tutto e per tutto equivalente; anche perché in caso di "tutela comunitariamente insufficiente" di tali diritti resterebbe pur sempre esperibile a livello interno il controllo di costituzionalità da parte del giudice delle leggi ([243]).

Più numerosi sono stati, poi, quelli che hanno rimarcato la difficoltà non solo di rinvenire la suddetta "soluzione ottimale" ([244]), ma prima ancora di porre in essere l'attività prodromica a tale scelta, vale a dire di realizzare quella comparazione a tappeto tra ordinamenti nazionali apparsa di grande complessità già da subito ([245]), cioè già prima della serie di allargamenti che ha progressivamente portato i Paesi membri da 6 a 27 ([246]). Tanto è vero che sono "assai rare le sentenze nelle quali è possibile

---

([240]) Cfr., *supra*, *sub* nt. 237.

([241]) Cfr., in particolare, WEILER, *Il sistema comunitario: struttura legale e processo politico*, cit., p. 160.

([242]) DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, cit., p. 413.

([243]) Sul punto cfr. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri,* in *Riv. intern. dir. uomo*, 1991, p. 225. Sul ruolo dei "controlimiti" nel quadro di una dinamica integrazione fra ordinamento interno e ordinamento comunitario cfr., da ultimo, GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "protezione equivalente"*, cit., p. 440 ss. Cfr., altresì, SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di Falzea, Spadaro, Ventura, Torino, 2003, p. 289 ss.

([244]) Difficoltà, questa, sottolineata ad esempio da BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, cit., p. 321 e dallo stesso WEILER, *Il sistema comunitario: struttura legale e processo politico*, cit., p. 160.

([245]) Cfr. già MOSLER, *Rechtsvergleichnung vor völkerrechttichen Gerichten*, IN *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, 1971, p. 409.

([246]) In argomento cfr., per tutti, RISI, *Il processo continuo di allargamento*

riscontrare la presenza di una, sia pur sommaria, analisi comparativa" ([247]); i richiami comparatistici rivelandosi, in ogni caso, ora generici ([248]), ora parziali o comunque sintetici ([249]), ora del tutto assenti ([250]), mai davvero scientifici ([251]), esaurienti e completi ([252]).

L'ostacolo più grande rispetto a una adozione "a tappeto" del criterio del *maximum standard* risiede, comunque, nella materiale impossibilità di assicurare il più alto livello di tutela per tutti i diritti fondamentali, posto che all'interno di ogni ordinamento nazionale questi ultimi sono soggetti a differenti sviluppi e giudizi di bilanciamento ([253]). In altre parole, il criterio

---

dell'Unione europea, in *Affari sociali internazionali*, 2005, p. 9 ss.; TOSI, *Il processo di allargamento dell'Unione europea. Una prospettiva storica*, in *L'Unione europea tra allargamento e Trattato costituzionale*, a cura di Raspadori e Signorelli, Torino, 2005, p. 35 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

([247]) ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 539; in termini un po' più sfumati PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 175.

([248]) La Corte di giustizia, infatti, tende spesso ad affermare che un dato principio "è presente in tutti gli ordinamenti o nella massima parte di essi" PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 175, con puntuali riferimenti giurisprudenziali alla nt. 35.

([249]) GAJA, voce *Principi del diritto (diritto internazionale),* in. *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 543.

([250]) Sulle variegate ragioni di tale eventuale assenza cfr, per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 545 ss., nt. 72 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 581; ID., voce *Fonti comunitarie*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VI, 1991, p. 448.

([251]) Sulla carenza di un vero carattere scientifico nell'attività comparatistica della Corte di giustizia cfr. lo stesso PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres,* in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, p. 352.

([252]) Anche se, per vero, l'attività comparatistica dei giudici di Lussemburgo è più intensa di quanto non appaia (PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres,* cit., p. 353); e anche se spesso analisi comparatistiche più approfondite si rinvengono nelle decisioni degli avvocati generali; analisi le quali, peraltro, talora vengono disattese o smentite dalla stessa Corte di giustizia. Cfr., diffusamente, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 543 ss.

([253]) Cfr., sul punto, GAJA, *L' attribuzione di diritti speciali ai cittadini della Comunità secondo il Parlamento europeo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1978, p 943 ss.; GIARDINA, *Parlamento europeo e diritti fondamentali*, in *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, p. 116 ss.; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri,* cit., p. 624; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento*

del *maximurn standard* mal si concilia con i diversi equilibri esistenti, "nei singoli sistemi costituzionali degli Stati membri, fra interessi individuali e collettivi, tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali" ([254]). In tale situazione, infatti, "la tutela al massimo grado, nell'ambito comunitario, di un diritto individuale, in ossequio alle esigenze costituzionali di uno Stato membro, può risultare in conflitto con un diritto collettivo garantito all'interno di un altro Stato membro" ([255]) e viceversa, con conseguente impossibilità di soddisfare sempre e comunque le aspettative degli Stati in ordine alla tutela di tutti i diritti fondamentali al livello ottimale riconosciuto nei confronti di ciascuno di essi all'interno dei rispettivi sistemi costituzionali ([256]). Tanto per fare alcuni esempi ben noti, è pacifico che nessuna norma europea potrà rispettare, al contempo, il principio di colpevolezza e il principio di tutela in base al "livello massimo" loro riconosciuto all'interno di sistemi costituzionali nazionali diversamente sensibili all'uno o all'altro; e lo stesso dicasi a proposito dei rapporti tra diritto di riservatezza e diritto all'informazione, che possono essere diversamente soppesati nei singoli Stati membri ([257]).

Se in questa sede si è tanto insistito sul criterio del *maximum standard*, è all'evidenza in ragione delle sue eventuali ricadute sul principio europeo di legalità penale e sui suoi corollari. È infatti di tutta evidenza che il rispetto di tale criterio implicherebbe, in teoria, l'avvento di una legalità penale qual mai fu data vedere in nessun Paese UE; una legalità spasmodicamente tesa all'ottimizzazione di tutti i suoi corollari "astorici" e "storici" nella prospettiva dell'azzeramento di ogni obiezione di matrice statalista — quantomeno, per l'appunto, con riferimento al principio di legalità — al varo di norme penali di fonte europea.

Peccato che, a riconferma della impossibilità pratica di rispettare la pur "rispettabile" teoria del trasferimento, una siffatta legalità risulti — *tout-court* — inattingibile. E ciò non solo in ragione dell'eventuale, già ricordata presenza di taluni principi/diritti "antagonisti" ([258]) variamente rilevanti

---

comunitario ed in quello italiano, cit., p. 61 ss

([254]) TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 736, nt. 33; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano,* cit., p. 61 ss.

([255]) TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, cit., p. 736, nt. 33, con ulteriori riferimenti bibliografici.

([256]) Cfr., ad esempio, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 552 ss., e bibliografia ivi riportata

([257]) Cfr., al riguardo, VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 102.

([258]) Quali quelli ricordati *supra*, subito prima della nt. 254.

all'interno dei diversi sistemi costituzionali europei (a cominciare dal principio di difesa sociale che, specie nei momenti di crisi e di rapida evoluzione della società, tende talora a imporre, in modo più o meno strisciante, il sacrificio del *favor libertatis* insito nella legalità formale in vista del *favor societatis* ([259]), perseguito privilegiando l'attività governativa e ogni forma di libera interpretazione giudiziaria in chiave repressiva); ma già in ragione della contestuale irrealizzabilità di una implementazione al massimo livello dei diversi corollari della legalità o addirittura della inconciliabilità dei differenti modi di intendere lo sviluppo ottimale di corollari affini se non addirittura dello stesso corollario di questa. Sotto il primo profilo, basti pensare al fatto che il massimo sviluppo del principio-corollario della riserva di legge, demandando al Parlamento l'intera attività legislativa in materia penale, può compromettere in parte il principio-corollario della determinatezza, a volte attingibile nel suo massimo grado solo attraverso il rinvio a fonti "tecniche" subordinate; sotto il secondo profilo basti considerare che il corollario della legalità per eccellenza a carattere "storico-formale"— quello, per intenderci, teso a ricondurre la produzione di norme penali all'organo ritenuto "il migliore" in tale attività — può mutare di contenuto concreto, tale organo potendo risultare, a seconda delle tradizioni nazionali, il Parlamento (nei Paesi di *civil law*) ovvero il potere giudiziario (in quelli di *common law*) ([260]), ovvero addirittura —almeno in certi Stati e/o in talune ipotesi — il potere esecutivo ([261]).

Certamente, ammesso e non concesso che davvero la Corte di giustizia si sia mai impegnata a fondo nel vagliare la legittimità delle norme sottoposte al suo giudizio alla luce del criterio del *maximum standard* ([262]), è un fatto che la

---

([259]) Come ben ci ricorda MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 6 ss.

([260]) Pur senza ignorare l'attuale tendenza della *common law* a privilegiare vieppiù le fonti di diritto scritto, è un fatto che in Inghilterra e Scozia l'organo giudiziario mantiene un prestigio (e un ruolo normativo) in linea con la persistente sensibilità garantista di tale organo, con la sua capacità di offrire la risposta "giusta" rispetto ai singoli problemi concreti emergenti in ambito penale. In argomento cfr., ad esempio, le riflessioni di PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, cit., p. 202 ss.; ID., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 287. Cfr. altresì, in una prospettiva più generale di quella penale, BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 2; MOCCIA, *Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 897 ss.

([261]) Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale. parte generale*, Torino, 2006, p. 98 e 114. Limitatamente al sistema francese, sulle ipotesi di "demissione del legislatore a favore del potere esecutivo" cfr. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2006, p. 131; *amplius* DURAND, *La décadence de le loi dans la Constitution de la Ve Republique*, in *Jurisclasseur périodique*, 1959, I, 1470

([262]) Al riguardo cfr., esemplificativamente, le opposte tesi da un alto di HETSCH, *Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, cit., p. 536; TOSATO,

ricerca di questo *standard* non è stata nemmeno sfiorata con riferimento al principio di legalità: come si avrà modo di verificare nel prosieguo della trattazione (263).

4.2.2. *I criteri dell'orientamento prevalente e della* better law*: pregi, difetti e conseguenze sul principio di legalità.*

Nel tentativo di superare le critiche d'ordine teorico e pratico connesse al criterio del *maximum standard*, ed anche a seguito di un sempre più attento esame della giurisprudenza comunitaria in tema di diritti fondamentali, gli studiosi hanno via via passato in rassegna e vagliato le soluzioni adottate dai giudici di Lussemburgo per l'individuazione e l'implementazione di tali diritti, finendo per concentrare la loro attenzione, in particolare, su due ulteriori criteri.

A) Il primo criterio è quello detto *dell'orientamento prevalente*. Esso troverebbe, essenzialmente, due fondamenti normativi:

a) l'art. 6 comma 2 Tr. UE, secondo cui, come già ricordato, "L'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri". Al riguardo, occorre infatti precisare che, secondo i sostenitori del suddetto criterio, tale espressione non alluderebbe ad un minimo denominatore comune di tutela dei diritti, o se si preferisce ad un *minimum standard* rispetto a questi ultimi (264), ma sottenderebbe un'implementazione dei diritti in oggetto la quale, pur non essendo improntata al *maximum standard (265)*, dovrebbe risultare quantomeno rispettosa della tendenziale convergenza degli ordinamenti nazionali (266) e comunque tale da offrire "un elevato livello di protezione" (267);

La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, cit., p.735; dall'altro di ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 544 ss.; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri,* cit., p. 624; PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p.172 ss.

(263) Cfr., *infra*, *sub* par. 4.2.5.

(264) In merito al criterio del *minimum standard* cfr., *infra*, *sub* par. 4.2.3.

(265) In relazione al quale cfr., *supra*, *sub* par. 4.2.1, nt. 227.

(266) Cfr., *amplius*, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 551 ss.

(267) Così, per tutti, BRIBOSIA, *Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne*, in *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, a cura di Dony e Bribosia, Bruxelles, 2005, p. 127.

b) il richiamo ai principi generali di diritto originariamente operato dagli artt. 164, 173 e 215 Tr. CEE (ora art. 220, 230 e 288 Tr. CE), il quale — ove inteso senza le forzature in senso "massimalista" che caratterizzerebbero alcune sentenze della Corte di giustizia già menzionate ([268]) — sembrerebbe comportare la tutela in sede comunitaria dei diritti fondamentali comuni, se non a tutte le Costituzioni dei Paesi membri, quantomeno alla massima parte di esse ([269]).

Tale criterio, risulta indubbiamente, per molti aspetti, più realistico e perseguibile di quello teso a imporre uno *standard* massimo di tutela ([270]), come del resto sarebbe dimostrato dalle frequenti decisioni dei giudici di Lussemburgo ad esso improntate ([271]). Resta il fatto che anche la soluzione volta ad assicurare in ambito CE/UE i principi/diritti fondamentali laddove "largamente ammessi" all'interno dei sistemi nazionali ([272]) si dimostra non pienamente soddisfacente per altri aspetti, qui sinteticamente riassunti.

In primo luogo, non diversamente dal *maximum standard*, anche questo criterio postula o comunque spesso dovrebbe postulare indagini comparatistiche analitiche e complete, le quali peraltro — in taluni casi limite — potrebbero non escludere la permanenza di dubbi in merito a quale risulti essere, in definitiva, l'orientamento prevalente.

In secondo luogo il criterio in esame non costituisce integrale attuazione della teoria del trasferimento, e dunque non garantisce sempre e comunque il rispetto dei diritti fondamentali così come sviluppati nei singoli sistemi costituzionali, ma anzi talora consente in sede comunitaria una significativa erosione del livello di tutela garantito ai suddetti diritti negli ordinamenti giuridici nazionali più avanzati ([273]).

In terzo luogo non è detto che l'orientamento prevalente sia l'orientamento preferibile in assoluto, ovvero soprattutto quello più conveniente per

---

([268]) Cfr., ancora, *supra*, *par.* 4.2.1, nt. 227.

([269]) Cfr. *supra*, *sub* par. 4.2.1., nt. 230.

([270]) A detta di taluni autori il criterio in esame dovrebbe preferirsi ad ogni altro Cfr., ad esempio, AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities,* cit. p. 37 ss.

([271]) Cfr., per tutti, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 547, nt. 79; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri,* cit., p. 626, nt. 45.

([272]) Così le conclusioni dell'avvocato generale Slynn nella causa 155/76 (*AM & S*), in *Racc.*, 1981, p. 1650.

([273]) Cfr., in particolare, HILF, *The protection of fundamental rights in the Community*, in *European law and the individual*, cit., p. 154; nonchè, più recentemente e per tutti, MENGOZZI, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres*, in *Rev. dr. Un. eur.*,, 2002, p. 438 ss.

l'ordinamento CE/UE, vale a dire quello più in linea con le caratteristiche e gli obiettivi specifici di quest'ultimo.

B) Il secondo criterio è quello detto della *better law*, in forza del quale, all'interno delle variegate soluzioni offerte dai sistemi costituzionali interni in tema di principi/diritti fondamentali, deve essere prescelta quella più adatta agli scopi dell'ordinamento CE/UE ([274]) se non addirittura alle esigenze del caso all'esame dei giudici di Lussemburgo ([275]).

Col suo carattere altamente pragmatico, discrezionale e servente rispetto alla prospettiva comunitaria ([276]), tale criterio da un lato può svolgere un funzione di integrazione e correzione del criterio *dell'orientamento prevalente* ([277]), dall'altro lato tende a frantumarsi in un'articolata serie di subcriteri, tutti in varia misura utilizzati dal tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia. Si pensi, ad esempio al criterio del c.d. "standard massimo flessibile", fondato su una "comparazione qualitativa" tra sistemi, nell'ambito della quale la valutazione della soluzione ottimale in relazione ad ogni singolo diritto fondamentale andrebbe fatta tenendo conto della intrinseca "bontà" della suddetta soluzione ovvero degli obiettivi specifici dei Trattati ([278]); magari

---

([274]) In questo senso cfr. già, diffusamente, DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautarie*, cit., p. 412 ss.; KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour,* cit., p. 1 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, cit., p. 718 ss.; ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*. cit., p. 611 ; ID., *Les principes generaux du droit des Etats membres*, in *Les novelles, Droit des Communautés Européennes*, a cura di Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, 1969, p. 444 ss. Cfr. altresì, per tutti, GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 578.

([275]) Cfr., per tutti, BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, cit., p. 3; CANNIZZARO, *Principi fondamentali della Costituzione e Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 1176.

([276]) Cfr., da ultimo, GAMBINO, MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, cit., p. 586 ss. Cfr., altresì, SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europa*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 11.

([277]) In questa prospettiva sincretistica, in ambito comunitario i diritti fondamentali andrebbero sviluppati sulla base delle tendenze predominanti all'interno dei Paesi membri (criterio dell'*orientamento prevalente*), ma tenendo anche conto delle particolari esigenze proprie del diritto comunitario (criterio della *better law*). In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario",* cit., p. 51.

([278]) Cfr., diffusamente e per tutti, DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautarie*, cit., p. 412 ss.; KUTSCHER, *Méthodes d'interprétation vues par un Juge à la Cour,* cit., p. 1 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté economique européenne*, cit., p. 718 ss.; ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, cit., p. 611. Cfr. altresì, da ultimo, GAMBINO, MOSCHELLA, *L'ordinamento giudiziario tra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, cit., p. 586 ss., con riferimenti giurisprudenziali.

anche a costo (allontanandosi di molto dall'*orientamento prevalente* e dunque dalla ricerca di un "fondo comune" peraltro evocato dall'art. 6 comma 2 Tr. UE e prima ancora dagli artt. 220, 230 e 288 Tr. CE) di accogliere la soluzione seguita in pochi o addirittura in un solo Stato ([279]), in ragione come detto del particolare carattere "progressivo" di quest'ultima ([280]) ovvero appunto della sua speciale utilità in prospettiva "europea" ([281]). Ma si pensi anche ai criteri, vieppiù discrezionali, che si fondano sul bilanciamento tra principi costituzionali in tema di diritti fondamentali e ulteriori principi molto eterogenei e di fonte, volta a volta, interna o esterna al sistema comunitario ([282]), o che comunque consentono l'elaborazione di principi/diritti fondamentali tendenzialmente autonomi, in quanto "solo *informati* (alle) Costituzioni" ([283]), sostanzialmente disancorati dal metodo della comparazione critica ([284]), frutto di meccanismi di "integrazione selettiva" e "comparazione estimativa" ([285]) liberamente scelti ([286]), ovvero utilizzati per "consolidare soluzioni già decise dalla Corte [di giustizia] in piena autonomia" ([287]) e in definitiva costituenti "dei meri esercizi di superfetazione" ([288]).

([279]) Cfr. già PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres,* cit., p. 323.

([280]) Per una rassegna degli autori favorevoli all'adozione di tale criterio (detto della comparazione critica o ponderata) cfr. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 547, nt. 78.

([281]) Emblematica, in questo senso, Corte di giustizia, sent. 13 luglio 1989, causa 5/88 (*Wachauf*), in *Racc*., 1988, p. 2609, ove si afferma che "i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte non risultano essere prerogative assolute e debbono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società. E' pertanto possibile operare restrizioni di detti diritti (...) purché dette disposizioni rispondano effetivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità...".

([282]) Cfr, diffusamente e con puntuali riferimenti giurisprudenziali, PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, cit., p. 177 ss.

([283]) VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 76; ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 523-524

([284]) Cfr. GAJA, voce *Principi del diritto (diritto internazionale),* cit., p. 543.

([285]) MENGOZZI, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres*, cit., p. 437 ss.

([286]) Cfr. TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, cit., in particolare p. 132 ss., e bibliografia ivi riportata

([287]) Così (ma riportando considerazioni di PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concretisation*, cit., TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, cit., p. 119.

([288]) PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concretisation*, cit., p. 281.

Diretto anche a riaffermare il principio di unità delle Comunità, posto in crisi dalla diretta derivazione statuale del criterio dello "standard massimo assoluto" ([289]), il criterio della *setter law* nei suoi molteplici profili e ramificazioni non risulta certo privo di vantaggi in prospettiva comunitaria, ma tuttavia si dimostra anch'esso insoddisfacente per molti aspetti: basti pensare che esso si presta a consentire, in relazione allo stesso principio/diritto fondamentale appartenente almeno in teoria alle tradizioni costituzionali dei Paesi membri, i più diversi sviluppi interpretativi; così come si presta a favorire un aumento esponenziale dei rischi di contenzioso tra gli Stati più garantisti e la CE/UE per mancato rispetto da parte delle fonti europee dei suddetti principi/diritti fondamentali, quantomeno in relazione al loro massimo livello di sviluppo ([290]). Per altro verso, le incertezze che tale criterio sembra presupporre rispetto alla configurazione attribuibile in sede CE/UE ai principi/diritti fondamentali "non scritti" lascia presupporre che esso, come e più degli altri criteri, finisca col rendere aleatorio il meccanismo di disapplicazione da parte del giudice interno di fonti CE, ovvero di fonti nazionali attuative di norme "europee", per contrasto con tali principi/diritti; così come finisca col rendere aleatori gli esiti del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia per illegittimità comunitaria — sempre rispetto ai summenzionati principi/diritti — di regolamenti CE ovvero delle suddette fonti nazionali ([291]).

Venendo ora alle eventuali ricadute che potrebbero avere, sul principio europeo di legalità penale e sui suoi corollari, le decisioni dei giudici di Lussemburgo ispirate al criterio dell'orientamento prevalente, non vi è chi non veda come — stanti i molteplici, variegati profili assunti da tale principio all'interno dei sistemi costituzionali dei Paesi membri — l'individuazione di quale sia l'orientamento legalistico "prevalente" implichi non pochi rischi di arbitrarietà. Senza contare il pericolo di scontentare i Paesi aventi in materia di legalità un altro orientamento, diverso da quello prevalente e forse (ma non è affatto sicuro, stante la difficile "valutabilità" e "comparabilità" delle singole soluzioni nazionali) rispetto ad esso più progressista.

Mutatis mutandis, osservazioni di analogo tenore, circa i rischi di arbitrarietà e il pericolo di scontentare taluni Paesi membri, possono essere mosse rispetto alle eventuali ricadute in tema di legalità derivanti dall'applicazione del criterio della *better law*. Inoltre, se è vero che l'accentuato carattere funzionalistico di tale criterio indurrebbe a scegliere il modello

---

([289]) Cfr., *supra*, nt. 240 e 241.

([290]) Si ripropongono quindi, rispetto al criterio della *better law*, le critiche mosse al criterio dell'orientamento prevalente da parte degli autori citati *supra*, *sub* nt. 274.

([291]) In argomento cfr., sia pure con riferimento agli scenari aperti dal Trattato costituzionale europeo, gli spunti di Onida, *Il problema della giurisdizione*, in *La Costituzione europea. Luci e ombre*, a cura di Paciotti, Roma, 2003, p. 137.

legalistico nazionale più utilmente recepibile in prospettiva comunitaria, è anche vero che sembra ostico immaginare, per quanto concerne il versante storico della legalità, un qualsivoglia modello nazionale proficuamente adattabile alla CE/UE, vale a dire ad una entità assai differente da uno Stato ([292]).

Quest'ultima considerazione induce a ritenere che, qualunque possa essere il criterio legalistico prescelto in ordine ad eventuali fonti penali europee, si debba tener conto delle peculiarità della struttura e delle istituzioni CE/UE per individuare corollari "formali" della legalità che, seppur ricavati dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri, possano adattarsi alle esigenze di meccanismi di produzione giuridica così diversi da quelli nazionali ([293]).

Con ogni probabilità, sono queste le ragioni per le quali — come meglio vedremo in seguito ([294]) — nella giurisprudenza comunitaria ispirata ai criteri dell'orientamento prevalente ovvero della *better law* le "tradizioni costituzionali comuni" sono state invocate solo in relazione al versante della legalità meno esposto a variazioni su scala nazionale: quello, per l'appunto, astorico-universale costituito dai corollari della accessibilità/prevedibilità/determinatezza. Corollari, questi, oltretutto già regolati esaustivamente dall'art. 7 CEDU così come sviluppato dai giudici di Strasburgo, e rispetto ai quali dunque le tradizioni costituzionali in materia ben poco hanno da aggiungere. In ogni caso, come si avrà modo di verificare nel prosieguo della trattazione, nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo ispirata ai succitati criteri non è dato intravedere nessun riferimento al versante storico della legalità.

4.2.3. *Il criterio del minimo denominatore comune. Suo apparente fondamento normativo, sue controindicazioni sul piano funzionale e sue ricadute in tema di legalità.*

Infine, poche osservazioni sull'ultimo dei quattro criteri presi in esame; sul criterio, cioè, del minimo denominatore comune.

([292]) Sottolineare le diversità strutturali intercorrenti tra CE/UE e Stati membri non significa, ovviamente, negare le indubbie affinità esistenti, quanto al sistema di ripartizione dei poteri, tra tali entità; affinità spiegabili col fatto che "le Comunità operano in un clima di esperienze di tipo interno" (TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967, p. 11), e dunque costituiscono una organizzazione internazionale *sui generis*.

([293]) Sul punto cfr., *mutatis mutandis*, le riflessioni di LA PERGOLA, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1 ss.

([294]) Cfr., *infra*, *sub* par. 4.2.5.

Almeno apparentemente, i fondamenti di tale criterio potrebbero coincidere con quelli cui si ancorano i due precedenti criteri, e cioè rinvenirsi:

a) nella lettera dell'art. 6 comma 2 Tr. UE, secondo cui, come già ricordato, "L'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri". Da un punto di vista strettamente letterale è infatti possibile far discendere, dal requisito della "comunanza" di queste tradizioni, un'esigenza di tutela europea dei diritti fondamentali circoscritta a quelli davvero rinvenibili all'interno di tutti i sistemi costituzionali dei Paesi membri, dunque nei limiti del loro "comune" sviluppo;

b) nei richiami ai principi generali di diritto originariamente operati dagli artt. 164, 173 e 215 Tr. CEE (ora, già lo si è ricordato, art. 220, 230 e 288 Tr. CE), richiami che potrebbero venir intesi, anche in questo caso restrittivamente, come atti ad imporre la tutela da parte della Comunità dei soli diritti fondamentali comuni a tutte le Costituzioni dei Paesi membri.

Con riferimento al primo di tali fondamenti normativi, va comunque ribadito che la quasi totalità della dottrina si è curata da subito di far notare come il requisito della "comunanza" delle tradizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali non debba "interpretarsi nel senso di una rilevanza limitata al caso di uniformità, ma solo come esigenza che non vi sia palese contraddittorietà tra gli ordinamenti giuridici nazionali" ([295]).

Quanto poi al secondo fondamento, non si può fare a meno di notare che esso appare smentito, almeno nella massima parte dei casi, dalla stessa Corte di giustizia: la quale anzi, proprio a partire dalle norme comunitarie primarie in tema di principi generali, ha cercato (almeno a parole) di legittimare l'antitetico criterio del *maximum standard*; salvo poi, come meglio vedremo in seguito, ripiegare nei fatti su altri, più praticabili criteri.

Ma le ragioni essenziali per disattendere il criterio minimalista qui in esame risiedono nella complessità delle ricerche presupposte per l'applicazione di tale criterio, e soprattutto nella inutilità (*rectius*, dannosità) di quest'ultimo sul piano funzionale.

Con riferimento alla prima di tali ragioni, risulta infatti chiaro che il criterio in questione, al pari dei criteri in precedenza esaminati, richiederebbe una indagine comparatistica estesa a tutti i sistemi costituzionali dei Paesi membri; un'indagine, come già si è detto, divenuta vieppiù difficile a seguito dei successivi ampliamenti della CE/UE e forse mai intrapresa con la

---

([295]) BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, cit., p. 321; SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, cit., p. 28. Cfr. anche i riferimenti bibliografici riportati *supra*, *sub* par. 4.2.1., nt. 227.

dovuta completezza e scientificità dai giudici di Lussemburgo, per quanto concerne l'esatta valutazione dei differenti profili, gradi e limiti di tutela conferiti, in relazione al medesimo diritto fondamentale, nei singoli sistemi costituzionali nazionali ([296]).

Con riferimento alla seconda ragione, va sottolineato che vincolare in ambito comunitario il rispetto dei diritti fondamentali soltanto nel limite del loro minimo denominatore comune di sviluppo, non solo non si presta a rassicurare gli Stati membri circa il rispetto delle loro specifiche tradizioni costituzionali ([297]), ma potrebbe favorire lo sviluppo di una prassi normativa europea lassista e pochissimo garantista, rispetto alla quale i giudici di Lussemburgo non verrebbero a svolgere nessuna efficace azione di contrasto. In base a tale criterio, infatti, tali giudici finirebbero, a tutto concedere, con l'appiattire le loro decisioni sulla giurisprudenza della Corte EDU, come noto finalizzata appunto a garantire il rispetto di un livello minimo di tutela in materia di diritti dell'uomo; o addirittura potrebbero, nella pratica quotidiana, finire con l'erodere persino quelle garanzie minime, stante che, come già ricordato, la Corte EDU si rivela tradizionalmente più sensibile della Corte di giustizia alla salvaguardia dei principi/diritti di prima generazione ([298]).

Un esame delle possibili conseguenze connesse all'adozione del criterio in esame rispetto al principio di legalità sembra confermare e se possibile ulteriormente evidenziare le controindicazioni appena esposte. Da un lato infatti, stante la complessità e variabilità dei profili assunti dal suddetto principio all'interno dei Paesi dell'Unione, risulterebbe estremamente arduo individuare i corollari legalistici da considerarsi, per contenuto e livello di sviluppo, davvero condivisi da tutti i sistemi costituzionali europei; dall'altro lato il varo di norme penali europee rispettose del solo "minimo denominatore di legalità" comune ai Paesi UE troverebbe sicuramente la ferma opposizione di molti Stati europei; a partire da quelli per i quali risultereb-

---

([296]) Cfr., anche per talune interessanti esemplificazioni, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 551 ss.

([297]) Cfr. NERI, *Le droit communautaire et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux,* in *Riv. dir. eur.,* 1989, n. 1-2, p. 91. L'a. sottolinea che "l'applicazione di un tale paramentro rischia sovente di comportare un grado di protezione che, pur corrispondendo a quello applicato dagli Stati meno avanzati nell'ambito considerato, rappresenta per altri Stati membri una protezione inferiore di quella da essi effettivamente assicurata". Nello stesso senso, cfr. tra glli altri, GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri,* cit., p. 626, il quale sottolinea come l'adozione del criterio in oggetto "priviligerebbe necessariamente la soluzione più rozza e meno garantista"; SASSE, *Der schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lücken*, in *Grundrechtsschutz in Europa*, cit., p. 57.

([298]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.3., nt. 208.

bero del tutto inconcepibili norme siffatte ove non prodotte nel rispetto del principio-corollario (peraltro, come si sa, non certo recepito da tutti i Paesi UE) della riserva di legge.

Detto dunque tutto il male possibile del criterio in esame e ribadito che — secondo il parere unanime della dottrina — ad esso non dovrebbe certo farsi ricorso da parte di giudici "europei" attenti a favorire il prestigio del diritto comunitario e il riconoscimento del primato di quest'ultimo all'interno degli Stati, va tuttavia ammesso che, non solo ([299]) ma anche per quanto concerne il principio di legalità penale, proprio a tale criterio sembrano essersi ispirati i giudici di Lussemburgo in alcuni dei pochi casi nei quali si sono trovati a implementare tale principio anche attraverso le tradizioni costituzionali nazionali. Sulle ragioni di questo deludente orientamento giurisprudenziale avremo tuttavia modo di soffermarci nel prosieguo della trattazione ([300]).

4.2.4. *I possibili sviluppi del principio "europeo" di legalità penale. Il loro eventuale impatto sulla (futura) normativa penale sovrastatuale e sulle norme nazionali di trasposizione a carattere penale.*

L'esame sin qui effettuato in merito ai fondamentali criteri astrattamente ipotizzabili in sede di individuazione e riconoscimento, da parte dei giudici di Lussemburgo, dei principi in tema di diritti fondamentali di matrice costituzionale, si presta a consentire alcune ulteriori considerazioni circa la possibile implementazione, a livello europeo, del principio "implicito" di legalità penale.

In primo luogo, almeno in linea teorica appare pacifico che — indipendentemente dal criterio prescelto — in sede di controllo della normativa penale di fonte europea tale principio dovrà essere sviluppato coerentemente agli standard previsti in tema di legalità dall'art. 7 CEDU e dalla relativa giurisprudenza di Strasburgo. Detti standard costituiscono, infatti, una sorta di minimo comune denominatore legale per tutti i sistemi costituzionali dei Paesi UE e dunque dovranno essere rispettati persino qualora il tribunale di primo grado e la Corte di giustizia decidessero di utilizzare l'ultimo e più criticabile dei criteri passati in rassegna nei precedenti paragrafi ([301]). Vero è

([299]) Cfr. ad esempio, per un caso di ricorso al criterio del minimo denominatore comune in materia di tutela della riservatezza nella corrispondenza tra avvocato e cliente, Corte di giustizia, sent. 18 maggio 1982, causa 155/79 (*AM & S Europe*), in *Racc.*, 1982, p. 1610. punto 19 ss.

([300]) Cfr., *infra*, *sub* par. 4.2.5.

([301]) Ciò non esclude, tuttavia, che il ricorso a tale criterio da parte dei giudici di Lussemburgo favorisca l'insorgere di una prassi giurisprudenziale erodesiva persino delle garanzia minime. Cfr. sul punto, *supra*, *sub* par. 4.2.3, nt. 298.

tuttavia che il ricorso a tale criterio risulterebbe del tutto privo di interesse, in quanto già ai sensi dell'art. 6 comma 2 Tr. UE, e prima ancora ai sensi della stesa giurisprudenza comunitaria, è assolutamente pacifico che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU si pongano quale parametro di legittimità della normativa europea.

Nel precedente paragrafo si sono comunque precisate le principali ragioni per le quali il criterio in oggetto dovrebbe essere scartato in relazione a tutti i principi fondamentali, e segnatamente al principio di legalità penale. Resterebbero allora utilizzabili gli altri tre criteri (*maximum standard*, orientamento prevalente, *better law*), i quali presentano una caratteristica comune: quella di consentire — sia pure in diverso grado — uno sviluppo del principio "implicito" di legalità penale ulteriore a quello consentito attraverso il riferimento all'art. 7 CEDU e, in definitiva, di supportare un più penetrante controllo legalistico sulle fonti europee. Si tratta allora di capire su quali corollari della legalità i suddetti criteri verrebbero verosimilmente a incidere.

A questo proposito, appare chiaro che a trarre beneficio da tali criteri dovrebbero essere in particolare i corollari "storici" della legalità, e *in primis* quello della riserva di legge, assente nell'art. 7 CEDU e viceversa presente in molti sistemi costituzionali europei. In effetti, detto corollario si affermerebbe a seguito dell'adozione non solo del criterio del *maximum standard*, ma anche del criterio dell'orientamento prevalente, dato che la riserva di legge parrebbe oggi esprimere (sia pure con deroghe differenti da uno Stato all'altro) una tendenza maggioritaria all'interno dei suddetti sistemi costituzionali. E ancora, il medesimo corollario emergerebbe altresì a seguito del ricorso al criterio della *better law* che, come si ricorderà, tende a sviluppare il principio di legalità (così come, più in generale, ogni principio di diritto comunitario non scritto) utilizzando come sistema costituzionale di riferimento quello, o quelli, nei quali tale principio assume i profili che meglio si attagliano alle esigenze dell'ordinamento CE/UE. Appare infatti evidente che non sarebbe funzionale agli scopi di tale ordinamento vedersi sistematicamente contestate da numerosi Stati membri le norme penali di matrice europea per difetto di quella "legittimità democratica" alla cui salvaguardia si pone appunto la riserva di legge.

Il problema non sarebbe allora più quello di riconoscere la vigenza, a livello europeo, del principio-corollario in esame, ma semmai quello di comprendere le eventuali eccezioni consentite in relazione a quest'ultimo. Rinviando sul punto al prosieguo della trattazione ([302]), basterà qui accennare al fatto che tali eccezioni potrebbero verosimilmente risultare diverse nelle ipotesi in cui il controllo di legalità avvenga con diretto riferimento alle (future) fonti penali sovrastatali ovvero alle fonti penali nazionali varate dagli

---

([302]) Vale a dire alla parte seconda del presente lavoro.

Stati UE per assicurare il rispetto del diritto europeo; e ciò, nonostante che in linea di massima i principi "europei" in tema di diritti fondamentali operino indistintamente, quali parametri di legittimità comunitaria, con riferimento ad entrambe le categorie di fonti. Ove infatti il criterio adottato fosse quello della *better law*, appare evidente che l'esigenza di recepire il corollario della riserva di legge risulterebbe fortissima con riferimento a eventuali *norme penali di immediata origine europea*, in vista dell'accettazione di queste ultime da parte dei Paesi UE maggiormente improntati al principio di legalità formale; mentre tale esigenza si perderebbe con riferimento alle *norme penali nazionali attuative di fonti europee*. Ché anzi, in relazione a queste ultime, una eventuale pretesa a carico degli Stati membri di conformarsi al principio di riserva di legge anche al di là delle loro tradizioni giuridiche nazionali potrebbe risultare addirittura disfunzionale, innescando le proteste dei Paesi di *common law* (ma anche di taluni Paesi di *civil law* più aperti a modelli di "riserva relativa"), verosimilmente portati a ritenere che agli organi dell'Unione dovrebbe interessare solo la fedele attuazione del diritto europeo e non anche il profilo "storico" del principio di legalità di volta in volta privilegiato dai singoli Stati rispetto alle fonti interne di attuazione/trasposizione ([303]).

Se dunque, indiscutibilmente, a trarre beneficio dall'eventuale adozione dei criteri del *maximum standard*, dell'orientamento prevalente e della *better law* passati in rassegna nei precedenti paragrafi dovrebbe essere il corollario della legalità concernente il controllo di democraticità degli organi deputati al varo delle fonti penali europee, appare pacifico che anche altri corollari legalistici potrebbero avvantaggiarsi dal ricorso a siffatti criteri. Ad esempio, l'applicazione non solo del primo, ma anche degli altri due criteri appena menzionati, potrebbe comportare l'accoglimento della retroattività favorevole quale principio-corollario "comunitariamente inderogabile" in ambito penale ([304]). E neppure è da escludere che il ricorso ai criteri in questione possa implicare una ulteriore implementazione dei tradizionali corollari "astorico-universali" della legalità, a partire da quelli di accessibilità e di determinatezza delle fonti in materia penale.

Appare comunque pacifico che — stante la notevole diversificazione dei profili assunti dal principio di legalità nei singoli Stati dell'Unione, stante la

---

([303]) Naturalmente, una analoga insofferenza verrebbe certamente manifestata dai Paesi di *civil law* laddove — in base al criterio della *better law* — il tradizionale modello legalistico di *common law* fosse ritenuto preferibile nella prospettiva delle fonti europee e, conseguentemente, la Corte di giustizia tendesse a imporre un ruolo privilegiato al potere giudiziario in sede di "creazione" e consolidazione di norme penali nazionali attuative del diritto comunitario.

([304]) In effetti, nel paragrafo successivo avremo modo di sottolineare che la vigenza di tale principio-corollario di legalità è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale almeno in questo caso ha dimostrato di non improntarsi al criterio del minimo denominatore comune.

pluralità di criteri dai quali ricavare i corollari storici e astorici della legalità "europea", stante l'esigenza di adattare alle peculiarità delle istituzioni CE/UE le tradizioni costituzionali prescelte quale parametro di riferimento in vista dell'elaborazione di tale legalità — risulta assai difficile prevedere esattamente quali saranno, in base alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, i connotati destinati a caratterizzare il modello di legalità utilizzabile in relazione alle future fonti penali sovrastatali. Anche perché, come vedremo subito, sinora tale giurisprudenza è risultata assai povera, probabilmente in quanto tesa a rispondere a questioni concernenti non già le norme penali europee in senso stretto (come si sa, ancora non sono rinvenibili all'interno del primo pilastro) ([305]), bensì la disciplina punitiva comunitaria di natura amministrativa, ovvero le norme penali nazionali attuative del diritto comunitario.

4.2.5. *La mancata implementazione da parte degli organi di Lussemburgo della legalità penale europea a partire dalle tradizioni costituzionali*.

Già in precedenza, si è accennato al fatto che l'esame della giurisprudenza comunitaria tesa a implementare il principio di legalità penale attraverso il ricorso alle tradizioni costituzionali nazionali si rivela nel complesso deludente sotto il profilo sia quantitativo, sia qualitativo ([306]); ciò peraltro non esclude che, come si avrà modo di osservare, alcune sentenze presentino profili di indubbio interesse. Per ragioni metodologiche, si procederà distinguendo le decisioni in due gruppi, a seconda che le relative tematiche legalistiche si pongano in relazione alla disciplina punitiva comunitaria in tema di concorrenza, ovvero in relazione a norme sanzionatorie nazionali attuative di fonti comunitarie.

a) Per quanto concerne innanzitutto la giurisprudenza in materia di legalità avente ad oggetto la disciplina punitiva comunitaria, nei pochissimi casi in cui si rinviene un richiamo alle tradizioni costituzionali comuni ([307]),

---

([305]) L'unico dei tre pilastri dell'Unione improntato, come si sa, ad un metodo di produzione delle fonti normative che consente di scavalcare la volontà dei singoli Parlamenti nazionali.

([306]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.2.3, *in fine*.

([307]) Merita tuttavia di essere precisato che, in talune sentenze, l'affermazione secondo la quale il principio di legalità o taluni suoi corollari risultano "comuni ai sistemi costituzionali (o ai sistemi giuridici) nazionali" sembra essere non tanto dimenticata, quanto piuttosto sottintesa. Ciò appare ben comprensibile, in particolare, con riferimento ai principi-corollario (ad esempio, quello di irretroattività) rispetto ai quali tale forma di "comunanza" è stata già sancita dalla giurisprudenza di Lussemburgo. Cfr., ad esempio, sent. 29 aprile 2004 cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01 (*Tokai Carbon*), punto 191.

tale richiamo non risulta produttivo di significative conseguenze per quanto concerne l'implementazione del principio di legalità e dei suoi corollari.

Così, in due sentenze già in precedenza ricordate si afferma che "il principio di irretroattività delle norme penali", prima ancora di essere sancito dall'art. 7 CEDU, "è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri" ([308]), senza peraltro che da questa affermazione derivino effetti di un qualche rilievo, tenuto conto dell'interpretazione "restrittiva" conferita a tale principio-corollario nelle suddette sentenze ([309]). In definitiva, dunque, in queste due decisioni, il richiamo alle tradizioni giuridiche nazionali non sortisce risultati significativi a causa dell'implicito ricorso al criterio del minimo denominatore comune.

Analogamente, in una recentissima, summenzionata sentenza — dopo essersi rilevato che "il principio di legalità delle pene è un corollario del principio di certezza del diritto (...) ed esige (...) che la normativa comunitaria, in particolare quando impone o consente di imporre sanzioni, sia chiara e precisa" ([310]), affinché le conseguenze sul piano punitivo delle proprie azioni siano prevedibili — si precisa che tale principio, oltre ad essere previsto dall'art. 7 CEDU, "fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" ([311]). Peccato però che il riconoscimento del fondamento costituzionale di tale principio non induca i giudici europei a svilupparlo al di là di quanto imposto della CEDU. Questi ultimi, anzi, dopo aver puntualizzato che "secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'esistenza di termini vaghi nella disposizione non comporta necessariamente una violazione dell'art. 7 della CEDU" ([312]) purché non sia del tutto compromessa l'esigenza della prevedibilità, si affrettano ad affermare che "la considerazione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri non porta a dare una diversa interpretazione del principio generale di diritto comunitario costituito dal principio di legalità delle pene" ([313]), tenuto anche conto del fatto che la normativa di alcuni Stati membri consentirebbe un non elevato livello di predeterminazione delle sanzioni amministrative irrogabili nello stesso ambito considerato dalla sentenza in oggetto ([314]). Con la conseguenza che, anche

---

([308]) Sent. 9 luglio 2003, causa T-224/00 (*Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd*), punto 39; sent. 29 novembre 2005, causa T-64/02 (*Heubach*).

([309]) Sul punto cfr., *amplius*, supra, *sub* par. 4.1.2.2, lett. *b)*.

([310]) Sent. 5 aprile 2006, causa T-279/02, (*Degussa AG),* cit., punto 66.

([311]) *Ivi*, punto 67.

([312]) *Ivi*, punto 72.

([313]) *Ivi*, punto 73.

([314]) Più precisamente, nel punto 73 della sentenza in esame si precisa che, sebbene la giurisprudenza e la normativa tedesca dimostrino di conferire maggiore

questa volta, attraverso le tradizioni costituzionali in materia di legalità la giurisprudenza comunitaria non giunge a sviluppare alcun corollario legalista al di là di quanto consentito attraverso l'art. 7 CEDU, dimostrando di aderire, sostanzialmente, al criterio del minimo denominatore comune.

Indubbiamente, più meritevole di attenzione appare una serie di sentenze ([315]) tesa a giustificare, in nome dell'istanza legalista, l'irrogazione di una ammenda amministrativa comunitaria più severa di quella in precedenza applicata — in forza di una illecita ([316]) riduzione del suo ammontare — ad altri soggetti dichiarati colpevoli del medesimo fatto. In tali decisioni, infatti, si afferma che "l'osservanza del principio della parità di trattamento deve conciliarsi con il rispetto del principio di legalità secondo cui nessuno può far valere, a proprio vantaggio, un illecito commesso a favore di altri" ([317]), e che dunque in questo caso il principio di legalità-determinatezza della risposta punitiva prevale sul principio di uguaglianza e financo — verrebbe da pensare — sullo stesso corollario della legalità consistente nella prevedibilità di tale risposta; prevedibilità che non può non uscire compromessa dalla previa esistenza di una (sia pur indebita) prassi applicativa diversa e più mite di quella in seguito adottata.

Vero è che, purtroppo, in tali sentenze non si fa alcun riferimento alle "fonti" (art. 7 CEDU e/o tradizioni costituzionali dei Paesi UE) da cui dovrebbe essere ricavato questo profilo della legalità comunitaria. È tuttavia doveroso ritenere che i giudici di Lussemburgo avessero piena consapevolezza di entrambe le summenzionate "fonti", e che dunque il loro silenzio al riguardo sia stato dovuto solo alla preoccupazione di non ripetere cose già più volte ribadite dalla giurisprudenza CE e apparse forse come scontate ai loro occhi ([318]), seppure probabilmente meritevoli di precisazione, non

---

pregnanza al principio di legalità delle pene, discostandosi così dalle scelte sanzionatorie ammesse dall'art. 15, n. 2 del regolamento CE n. 17, "la normativa di altri Stati membri in materia contempla, per l'irrogazione di sanzioni amministrative quali quelle inflitte per la violazione delle regole nazionali della concorrenza, un grado di delimitazione analogo a quello di cui all'art. 15, n. 2 del regolamento n. 17, o addirittura criteri simili o identici a quelli previsti da tale disposizione comunitaria; il Consiglio cita, in proposito, l'esempio del Regno di Svezia".

([315]) Cfr., in particolare, sent. 14 maggio 1998, causa T-347/94 (*Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*); sent. 11 dicembre 2003, causa T-66/99 (*Minoan Lines SA*).

([316]) In quanto non consentita dalla normativa comunitaria in tema di concorrenza.

([317]) sent. 14 maggio 1998, causa T-347/94 (*Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH*), cit., punto 334; sent. 11 dicembre 2003, causa T-66/99 (*Minoan Lines SA*), cit., punto 334.

([318]) In materia di principi comunitari di diritto non scritto, non si è mancato di sottolineare che "il richiamo agli ordinamenti nazionali, compiuto nelle prime sentenze nelle quali un principio è enunciato, viene generalmente abbandonato nelle decisioni successive nelle quali la Corte ritiene presumibilmente già "acquisito" il principio nell'ordinamento comunitario": ADINOLFI, *I principi generali nella giurispru-*

foss'altro che per comprendere appieno da quale base normativa prendano spunto gli sviluppi del principio di legalità cui si è appena fatto cenno.

b) Di maggiore interesse si rivela comunque l'esame delle poche decisioni dei giudici di Lussemburgo aventi ad oggetto norme penali (*rectius*, sanzionatorie) nazionali attuative del diritto comunitario, o comunque varate in settori normativi di competenza CE; norme la cui legittimità comunitaria rispetto al principio di legalità viene vagliata alla luce dei profili assunti da tale principio sulla base delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri.

Certamente, anche all'interno di queste sentenze prevalgono i casi in cui il richiamo alle tradizioni costituzionali non determina una implementazione dei corollari della legalità più penetrante di quella realizzata attraverso il ricorso all'art. 7 CEDU. Così, in una decisione risalente (319) e già più volte citata (320), la Corte di giustizia — nello stabilire che in settori normativi coperti dal diritto comunitario uno Stato membro non può adottare provvedimenti nazionali a carattere penale con effetto retroattivo, in quanto ciò contrasterebbe col principio-corollario "europeo" di irretroattività delle norme penali ricavabile non solo dall'art. 7 CEDU, ma anche e prima ancora da "tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri" (321) — nulla ha aggiunto rispetto a quanto si poteva ricavare dal succitato articolo della Convenzione europea e dalla relativa giurisprudenza di Strasburgo. E lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, con riferimento ad una sentenza di venti anni dopo (322), nella quale il medesimo principio-corollario, sempre in base alle succitate fonti convenzionali e nazionali, non è stato considerato di ostacolo all'applicazione retroattiva del prelievo supplementare nel settore del latte, in quanto quest'ultimo "non può essere considerato come una sanzione analoga alle penalità..." (323), costituendo una semplice "restrizione dovuta a regole di politica dei mercati o di politica strutturale" (324). Anche in questo caso, infatti, già alla luce della giurisprudenza di Strasburgo sul principio di legalità, le misure di questo tipo risultano sottratte al divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*; divieto viceversa applicabile alle disposizioni "in materia penale" (325).

Almeno in linea tendenziale, considerazioni analoghe potrebbero farsi con riferimento a due sentenze, anch'esse già ricordate, adottate dalla Corte

---

denza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, cit., p. 545-546, e ivi ulteriori approfondimenti alla nt. 72.

(319) Sent. 10 luglio 1984, causa 63/83 (*Kent Kirk*), cit.

(320) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.1, nt. 130; par. 4.1.2.2., nt. 177 e 178.

(321) Sent. 10 luglio 1984, causa 63/83 (*Kent Kirk*), cit., punto 22.

(322) Sent. 15 luglio 2004, causa C-459/02 (*Gerekens*), cit., punto 35 ss.

(323) *Ivi*, punto 36.

(324) *Ivi*, punto 37. Sul punto cfr., altresì, *supra*, *sub* par. 4.1.2.2, lett. *a)*, nt. 182.

(325) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.1, nt. 149.

di giustizia, rispettivamente, alla metà degli anni '90 e all'inizio del 2004. In base alla prima ([326]) "il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge. Tale principio (...) fa parte dei principi generali di diritto che sono alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" ([327]), oltre che del principio di cui all'art. 7 CEDU. In base alla seconda sentenza ([328]), "il principio di legalità delle pene (...) comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri" ([329]), impedisce di sanzionare penalmente i comportamenti vietati dalla normativa comunitaria in caso di mancata previsione di una sanzione penale da parte del diritto nazionale ([330]). E tuttavia, ancorché per l'appunto già inglobate nel principio convenzionale di legalità ([331]), e collocate in una già collaudata giurisprudenza comunitaria diretta a fissare precisi confini all'influenza interpretativa del diritto "europeo" laddove essa si traduca in un ampliamento del penalmente rilevante ([332]), tali perentorie affermazioni in tema di determinatezza e di divieto di interpretazione estensiva e di analogia su impulso comunitario da un lato hanno il pregio di smentire ancora una volta quella dottrina secondo la quale a fini di tutela sanzionatoria del diritto "europeo" sarebbero ammissibili forme di interpretazione additiva e persino di analogia e di *interpretatio contra legem* ([333]), dall'altro lato non sembrano prive di potenziali ricadute all'interno di taluni sistemi penali europei; per esempio ponendo, in sede di attuazione penale di testi CE/UE, limiti più stretti di quelli previsti dall'ordinamento di quei Paesi membri, come la Danimarca, che consentono il ricorso all'analogia in materia penale ([334]). Ricorso che, per vero, in sede di attuazione nazionale del diritto CE, tende ad insinuarsi nascostamente anche in altri Paesi membri ufficialmente

---

([326]) Sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95 (*Procedimento penale a carico di X*), cit.

([327]) *Ivi*, punto 25.

([328]) Sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02 (*Rolex*), cit.

([329]) *Ivi*, punto 63.

([330]) *Ivi*, punto 61 ss.

([331]) Cfr., *supra*, *sub* par. 4.1.2.1, lett. *b2.2.1.*, in particolare nt. 167.

([332]) Cfr. i riferimenti giurisprudenziali ripostati *supra*, *sub* par. 4.1., nt. 125.

([333]) Cfr., in particolare, PRECHAL, *Directives in European Community Law,* Oxford, 1995, p. 228; SCHOCKWEILER, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux,* in *Revue du Marché Un. Eur.,* 1995, n. 2, p. 15.

([334]) Cfr., *supra*, *sub* sez. I, par. 3.1, nt. 75 ss.

refrattari all'analogia in ambito penale, sia per offrire una adeguata tutela a norme comunitarie rimaste prive di una adeguata copertura sanzionatoria sia per dimostrare la "fedeltà" dell'ordinamento nazionale agli impegni di fonte comunitaria ed evitare così una eventuale condanna dello Stato in sede europea per violazione dell'art. 10 Tr. CE ([335]).

In ogni caso, la sentenza della Corte di giustizia fra tutte la più significativa in materia di legalità, l'unica che attraverso il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni sul punto consenta di ricavare "momenti di garanzia legalitaria" ulteriori rispetto a quelli offerti dall'art 7 CEDU ([336]), è quella pronunciata dalla Grande Sezione della Corte in risposta ad alcune domande di pronuncia pregiudiziale presentate da giudici italiani a seguito della riforma della nostra disciplina sanzionatoria in tema di false comunicazioni sociali ([337]). In tale sentenza viene infatti riconosciuta la sussistenza in ambito comunitario del principio-corollario di retroattività favorevole per escludere la reviviscenza, limitatamente ai fatti realizzati sotto la sua vigenza, di una normativa penale nazionale più severa abrogata o modificata da successivi interventi normativi a carattere interno volti a prevedere una disciplina sanziona-

---

([335]) Sulla tendenza, riscontrabile persino negli Stati UE più rispettosi del principio di legalità formale, ad estendere in via interpretativa ed analogica le fattispecie incriminatrici nazionali per ovviare alle lacune di tutela legislativa dei beni comunitari e delle relative fonti europee cfr., volendo, BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario, I — La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, cit., p. 97-123. In contrapposizione frontale con questa tendenza, una parte della dottrina — sempre in ragione del fatto che la lettura della disposizione interna conformemente al diritto comunitario non deve tradursi nella creazione di un nuovo illecito penale ovvero nell'inasprimento della risposta sanzionatoria — si spinge a sostenere l'illegittimità non solo di ogni interpretazione additiva, analogica o *contra legem* delle fattispecie penali su impulso comunitario, ma altresì di ogni interpretazione estensiva di tali fattispecie, o meglio di ogni interpretazione di queste ultime *più estensiva di quella che il giudice interno utilizzerebbe in assenza della norma comunitaria rispetto alla quale si pone l'esigenza di conformità del diritto interno*. Cfr. da ultimo (sia pure con specifico riferimento alle norme del terzo pilastro), MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1158.

([336]) Laddove sinora, per contro, le sentenze dei giudici di Lussemburgo in tema di legalità fin qui esaminate sembrano valorizzare più la "legalità CEDU" della "legalità costituzionale": restituendo la sensazione che, in questo ristretto ambito, avvenga l'opposto di quanto affermato in via generale da quella parte della dottrina secondo cui, nella giurisprudenza comunitaria, "generalmente il richiamo [a norme CEDU] è compiuto al solo scopo di confermare indicazioni già ricavabili dagli ordinamenti nazionali" ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri,* cit., p. 537. Si veda anche, a supporto di questa tesi, l' esempio riportato da TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione, cit., p. 127.

([337]) Sent. 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02 (*Berlusconi*), cit.

toria delle false comunicazioni sociali, in ipotesi, comunitariamente inadeguata per difetto.

Più precisamente, nella sentenza in esame la Corte di giustizia afferma che il principio-corollario di retroattività favorevole "fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" ([338]), e dunque "deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario" ([339]).

Vero è che la perentoria affermazione del "principio comunitario di retroattività favorevole", lungi da costituire il "fiore all'occhiello" di una sentenza per altri versi assai criticabile e criticata ([340]), sembra essa stessa tutt'altro che immune da critiche. E ciò non soltanto per una sorta di vichiana eterogenesi dei fini insiti nel riconoscimento in ambito comunitario di tale principio (dato che in nome di un garantismo ad oltranza a favore dell'autore si finisce col non garantire più la coerenza delle norme interne sia rispetto al diritto europeo sia rispetto allo stesso diritto costituzionale) ([341]); quanto proprio per la "origine costituzionale" attribuita al suddetto principio comunitario di retroattività favorevole. In effetti, quest'ultimo può essere considerato facente parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri solo utilizzando il criterio comparatistico del

---

([338]) Punto 68.

([339]) Punto 69. Va comunque specificato che, a giudizio della Corte, resterebbe aperta la questione se il principio "dell'applicazione della pena più mite si applichi qualora questa sia contraria ad altre norme di diritto comunitario"(punto 70); vale a dire a norme comunitarie non contenute in una direttiva (punto 71).

([340]) Per esempio, in molti dei contributi pubblicati in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2005.

([341]) In effetti, in nome del principio garantista del *favor rei*, elevato dalla Corte di giustizia a rango "euro-costituzionale", tale sentenza: 1) sancisce una evidente perdita di "tenuta comunitaria" del diritto penale, quantomeno limitatamente all'"obbligo di fedeltà" alla CE dei Paesi membri correlato alla tutela sanzionatoria di norme previste in direttive (in altre parole, finisce col sacrificare *l'effettività*, e con ciò *lo stesso primato* delle norme comunitarie — quantomeno se contenute in direttive — ancorché già attuate attraverso una normativa nazionale caratterizzata da un'adeguata disciplina sanzionatoria); 2) sancisce una sostanziale carenza di "tenuta costituzionale" del diritto penale, stante che un principio di retroattività favorevole almeno in linea tendenziale sempre e comunque operante — e dunque non bilanciabile con altri principi di rilievo costituzionale — esclude l'efficacia del controllo di costituzionalità delle norme di favore rispetto a fatti pregressi, rendendo così almeno in parte insanabili gli abusi del legislatore interno. (Tuttavia, circa l'eventualità che "il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite" possa essere derogato in taluni casi particolari, cfr. ancora il punto 70 della sentenza in oggetto, riportato *supra*, *sub* nt. 339).

maximum standard, ovvero adottando con disinvolto ottimismo il criterio dell'orientamento prevalente (342), ovvero ancora sfruttando in tutto il suo dinamismo (e con evidente masochismo) il criterio della c.d. *better law* (343).

In realtà, dunque, al di là di ogni affermazione della Corte di giustizia, il riconoscimento di tale principio da parte di una Corte in precedenza adusa a trascurarlo (344) sembra spiegabile non tanto alla luce delle "tradizioni costituzionali comuni", quanto piuttosto alla luce dell'inserimento del principio in questione nell'art. 49 della Carta europea dei diritti (345), prima solennemente proclamata a Nizza nel 2000 e poi collocata nella seconda parte del Trattato costituzionale europeo (346) in fase, come si è visto, di difficoltosa ratifica (347). Alla luce, cioè, dell'"europeizzazione" di tale principio ad opera di testi di diritto scritto quali sono appunto la Carta e il Trattato

---

(342) In quanto è tutto da dimostrare che nell'ambito dell'Unione europea sia "orientamento prevalente" quello di attribuire rilievo costituzionale al principio di retroattività favorevole: e ciò anche senza sopravvalutare il 'peso' riconosciuto in ambito europeo all'ordinamento italiano, che come noto non attribuisce rango costituzionale al suddetto principio.

(343) Masochista sarebbe infatti, per la Corte di giustizia, ritenere che, tra le diverse opzioni consentite in tema di legalità-retroattività dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri, la "migliore" per la Comunità europea sia quella che — come già ricordato *supra*, *sub* nt. 343, n. 1 — prevede il riconoscimento del principio di retroattività favorevole, con il risultato di sollevare i diritti penali nazionali dall'obbligo di "fedeltà comunitaria" realizzato assicurando alle direttive CE una adeguata tutela sanzionatoria. In effetti, una volta sancita — in base alla "comunitarizzazione" del principio garantista di retroattività della legge favorevole — l'impossibilità di far rivivere la disciplina penale precedente e più severa, il legislatore nazionale parrebbe avere ormai mano libera *in bonam partem*; parrebbe, cioè, poter creare leggi indulgenziali le più illegittime comunitariamente (come nel caso, per l'appunto, di leggi *ad personam* capaci di rendere "sproporzionate per difetto" le misure punitive poste a tutela di norme di fonte comunitaria). Ciò in quanto tali leggi opereranno, se non per i fatti futuri (potrebbero, infatti, essere presto dichiarate incostituzionali), quantomeno per i fatti pregressi, garantendo forme d'impunità sottratte ad ogni controllo europeo.

(344) Cfr., per puntuali riferimenti giurisprudenziali, DI MARTINO, *Le direttive CE non possono ostare all'applicazione della "pena più mite"anche se ritenuta comunitariamente illegittima*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 20, p. 105 ss.

(345) In questo senso cfr., tra gli altri, FOFFANI, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario: riflessi della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee sulla disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, cit., p. 186; INSOLERA, MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?,* in particolare p. 2783.

(346) In tale Trattato il principio di retroattività favorevole si rinviene all'art. II-109, comma primo, ultima parte.

(347) Cfr., *supra*, *sub* sez. I, par. 2.2.

in questione. Ma, a questo punto, l'attenzione è inevitabilmente destinata a spostarsi dal principio "implicito" di legalità comunitaria al principio di legalità europea inscritto nei testi appena menzionati, al quale è dedicata la sezione III del presente lavoro.

ABSTRACT

This essay, which is divided into two sections, forms the first part of a more comprehensive monography concerning the role played by the principle of legality in the context of the so-called "European criminal law", and the issues in matter of legality raised by the development of a complex supranational sanctioning system.

The first section displays the grounds of the growing importance of the principle of nullum crimen sine lege, and of the more general principle of legality, in the European perspective.

The second section examines the origin and developments of the principle of legality of criminal law within the set of "unwritten principles of EC law" as they have been derived from international treaties and national Constitutions of the member States.

Questo studio costituisce la prima parte di un più ampio lavoro sui profili assunti dal principio di legalità nel c.d. "diritto penale europeo" e sui problemi posti in materia di legalità dalla progressiva emersione di un articolato sistema punitivo sovrastatuale.

Nella prima sezione del presente studio di espongono le ragioni della progressiva importanza assunta dal tema della "riserva di legge", e più in generale della legalità penale, in prospettiva europea.

Nella seconda sezione si esaminano la genesi e gli sviluppi del principio di legalità penale all'interno dei c.d."principi di diritto comunitario non scritto" ricavati dai Trattati internazionali e dalla Costituzioni dei Paesi membri.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

ALESSANDRO BERNARDI

I MILLE VOLTI DEL DIRITTO PENALE E LA LOTTA ALLA MAFIA (*)

Sono davvero lieto di introdurre oggi le relazioni di due persone che, secondo una opinione da me condivisa, molto hanno fatto e fanno in Italia non solo e non tanto nell'ambito della attività di contrasto alla mafia, ma direi, più in generale, a favore del diritto penale. Del diritto penale "buono", intendo.

Perché qui va subito chiarito che il concetto stesso di diritto penale è sfuggente. Gli addetti ai lavori sanno bene che questa branca del diritto non è un qualcosa di coerente e monolitico, come invece talora appare agli studenti dalla lettura dei manuali; che essa ha in realtà mille volti, mille sfaccettature, mille profili, spesso tra loro in contrasto così profondo da rendere difficile l'individuazione della sua vera identità, della sua intima essenza.

In definitiva, è possibile affermare che esistono tanti diversi diritti penali. Al riguardo si possono fare un'infinità di distinzioni, e innanzitutto si può e si deve distinguere tra dogmatica o scienza penale e diritto penale positivo; e, all'interno di quest'ultimo, tra legislazione, diritto vivente di fonte giurisprudenziale, diritto dell'esecuzione. Con linguaggio più appropriato, i teorici del diritto affermano che il processo di positivizzazione del diritto (e, per quello che qui interessa, del diritto penale) non si esaurisce nell'atto di normazione, ma prosegue nell'attività di sviluppo e precisazione dei suoi contenuti normativi da parte di tutti gli operatori di settore. Ma io non sono certo qui per annoiarvi con discorsi teorici.

Diciamo allora che il diritto è fatto da uomini; in tempi diversi, da uomini differenti tra loro.

In questo senso, esistono innumerevoli diritti penali. E non certo solo, come ho appena detto, il diritto penale "scientifico" di fonte dottrinale, quello

---

(*) *Introduzione all'incontro con Giancarlo Caselli e Marco Travaglio su "Mafia e antimafia tra storia e presente" (Università di Ferrara, 27 aprile 2006). Il video integrale dell'incontro è rinvenibile in* http://www.officina.tk/

scritto, quello applicato dalle corti, quello attraverso il quale si dà esecuzione alle decisioni di queste ultime. Poiché infatti — per l'appunto — tutti questi diritti penali sono prodotti in tempi e da uomini differenti, anche la dottrina, la legislazione, la giurisprudenza, la fase applicativa dei giudicati hanno ciascuna mille volti. Così — per restare al diritto penale positivo e per limitarsi rapsodicamente a qualche esempio — all'interno del diritto penale (sostanziale e processuale) di creazione legislativa c'è quello a carattere emergenziale, verosimilmente prodotto e applicato in situazioni di assoluta urgenza, che si prefigge di perseguire il risultato voluto "ad ogni costo" e che proprio per questo talora finisce col porsi in tensione più o meno vistosa, volta a volta, con le garanzie del giusto processo, col principio di proporzione della risposta punitiva e di personalità della responsabilità, coi diritti dell'uomo *tout court* (1); c'è un diritto penale della razionalità, che sposa efficienza utilitaristica e garanzie, al quale si dà vita per contrastare efficacemente e con strategia di lungo periodo i fenomeni criminali nel rispetto appunto delle regole processuali e dei principi di diritto sostanziale; c'è — sempre più spesso, invero — un diritto penale "simbolico", appositamente varato per lanciare falsi messaggi ai cittadini, per far credere che ci si sta occupando di problemi che invece si ritengono irrisolvibili o che si vogliono lasciare irrisolti; c'è persino il diritto penale smaccatamente costruito per agevolare certe forme di criminalità, per supportarle anziché combatterle (e di questo non sono mancati, anche e soprattutto nel nostro Paese, esempi recenti).

Ci sono testi normativi che perseguono il miglioramento della società nel suo complesso, altri finalizzati all'utile di pochi, per il raggiungimento del quale il legislatore non si perita di peggiorare il livello di civiltà giuridica del Paese.

Mutatis mutandis, un analogo fenomeno di frammentazione e diversificazione investe la giurisprudenza. E dunque, tra le mille possibili espressioni assunte dalla giurisprudenza, c'è quella (patologica e si spera del tutto eccezionale) dell'emergenza, la quale per le più varie ragioni d'urgenza forza o esaspera i contenuti della legge e — attraverso forme di interpretazione additiva, analogica, *contra legem* — tende per l'appunto a scavalcare la volontà del legislatore, a svolgere un'opera di supplenza. Spesso, ma non sempre, questa giurisprudenza si fa portavoce di ciò che l'opinione pubblica vuole in un dato momento, in rapporto a un dato caso, e finisce con

---

(1) Per non parlare poi di quando il diritto emergenziale si traduce in norme e prassi estreme, negli ultimi tempi drammaticamente tornate alla luce anche in certi Paesi occidentali, le quali rinnegano l'idea stessa di Stato di diritto, anche se oggi da taluno vorrebbero essere legittimate all'interno di quello che viene lugubremente definito il "diritto penale del nemico": il diritto cioè da applicarsi a quelli che si ritengono essere i nemici dello Stato, terroristi innanzitutto.

l'anteporre le esigenze della società alle esigenze del giusto processo, con lo stigmatizzare il colpevole anziché offrire risposte di giustizia. Ma poi per fortuna c'è, con assai maggior frequenza, una giurisprudenza tesa ad attuare i fini della legge, tesa cioè a 'interpretare' la legge nei molti modi consentiti (interpretazione restrittiva, estensiva, sistematica, teleologica, ecc.) per arrivare ad una decisione giusta rispetto al caso concreto. C'è però anche, talvolta, una giurisprudenza ottusamente "chiusa" nella interpretazione letterale della legge penale, del tutto insensibile al contesto sociale in cui quest'ultima è chiamata ad operare, alle esigenze del fatto storico, talora anche a quei principi generali che consentono di "dare ossigeno" al diritto scritto, di renderlo in fase applicativa un adeguato specchio del momento storico. E poi, all'opposto, c'è una giurisprudenza 'indulgente', attenta (anche troppo attenta) al contesto in cui si opera, sbilanciata in un atteggiamento di eccessivo realismo destinato a prevalere sui fini ultimi della legge. Addirittura c'è una giurisprudenza che, invece di applicare la legge per incidere positivamente sulla realtà, si fa scudo della legge e sceglie di non agire, mettendo a frutto i tempi lunghi di quest'ultima, le sue mai del tutto assenti lacune e incoerenze, per neutralizzarla.

Non si vogliono certo qui enfatizzare i mali della nostra giustizia penale; si vuole solo sottolineare che i magistrati (come del resto, prima di loro, il legislatore) non agiscono in un "luogo chiuso", quanto piuttosto in un contesto "aperto", nel quale le loro decisioni concorrono a costruire un diritto in perenne divenire. In un suo recentissimo, brillante articolo, l'attuale primo presidente della Corte di Cassazione francese ci ricorda come i giudici siano soggetti a infinite forme di influenza, non necessariamente a carattere giuridico (non essendo certo il concetto di 'influenza' un concetto giuridico); ci dice come le più diverse autorità o entità politiche, sociali, morali, intellettuali possano cercare, a volte con successo, di influire sui giudici, di indirizzare le loro scelte, di persuaderli ([2]).

Un discorso a parte meriterebbe poi l'esecuzione penale. Qui basterà sottolineare come essa costituisca una fase delicatissima del processo di positivizzazione del diritto criminale, nella quale i fini della pena (retribuzione, intimidazione, neutralizzazione, orientamento culturale, rieducazione-risocializzazione) possono trovare un coerente sbocco, oppure possono essere vanificati in varia misura.

Infine c'è la dottrina penale, anch'essa proteiforme. C'è la dottrina figlia delle proprie convinzioni (che a loro volta possono essere assai diverse) ma comunque davvero "scientifica", capace di assolvere alla sua naturale funzione di sistematizzazione e razionalizzazione del diritto, capace di svolgere

---

([2]) CANIVET, (*Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p. 799 ss.

un'opera di controllo e di critica al potere e ai suoi precipitati normativi. Ma c'è anche una dottrina ondivaga, emotivamente condizionata; ovvero una dottrina non di rado sensibile ai mille interessi — anche economici — del momento, attenta al suo immediato tornaconto, supinamente tesa ad assecondare i desiderata dei politici e dei potenti di turno, o anche solo delle cordate accademiche alle quali si appoggia.

Ma, soprattutto, buona o cattiva che la dottrina sia, c'è la sua debolezza, la sua risaputa incapacità di incidere da sola sulla realtà. Come rappresentante della dottrina mi spiace dirlo, ma occorre riconoscere che non di rado, anche in ambito giuridico, molto più importanti della dottrina sono i giornalisti — i bravi giornalisti intendo — per la loro capacità di raggiungere un pubblico più vasto, di incidere sull'opinione pubblica, di mobilitare le coscienze.

Vengo al dunque. La mafia tutte queste cose le sa benissimo anche senza averle studiate. Sa di essere un contropotere rispetto al quale la legge può porsi in modo molto diverso. La mafia conosce o quantomeno intuisce le infinite forme assumibili dalla *law in the books* e dalla *law in action*, conosce la cronica debolezza della dottrina, conosce l'importanza della pubblica opinione e di chi può orientarla.

Mi reco spesso in Sicilia per ragioni di lavoro, il più delle volte appunto per partecipare a convegni sulla criminalità organizzata. Domani stesso, per esempio, andrò a Catania ove sabato si terrà un convegno in cui sarò relatore. Ma in queste occasioni ci si limita a parlare quasi esclusivamente tra addetti ai lavori, senza produrre risultati normativi, senza (ci mancherebbe altro!) influire sugli esiti processuali, senza coinvolgere — se non marginalmente — la società civile: in definitiva, senza incidere — se non impercettibilmente — sulla realtà. E infatti questi convegni non sono avvertiti come un pericolo dalla mafia; cosicché, simmetricamente, in tali occasioni nessuno si è mai sentito nemmeno minimamente in pericolo, esposto al tiro della mafia.

Quanti scrivono le leggi, e poi ancora i giudici chiamati ad applicarle, e financo i giornalisti: questi sono i soggetti che possono massimamente incidere sulla realtà, e questo la mafia lo sa. Sa che il diritto scritto e il diritto vivente di fonte giurisprudenziale a seconda dei casi possono, come ho detto, contrastare efficacemente la mafia, infastidirla soltanto, tollerarla, convivere con essa, supportarla. La mafia sa che la legge ha mille volti, quello della legalità come quello dell'illegalità; e sa che i *mass media* possono essere di aiuto o possono risultare temibili nemici.

In definitiva, come arcinoto, spesso per paura o per altro ancora la società non si è opposta con decisione alla mafia (così come ad ogni altra forma di criminalità organizzata) o addirittura la ha spalleggiata; e anche il diritto e gli organi di informazione (che del resto altro non sono se non espressioni della società e della cultura del Paese) hanno fatto lo stesso. Ne sono testimonianza inconfutabile taluni recenti interventi normativi concepiti non già per offrire sacrosante garanzie all'imputato, quanto piuttosto per ostacolare l'accertamento della verità, trasformando il processo penale in "una foresta di cavilli e

formalismi, che sempre più lo inceppano" ([3]). Ne sono testimonianza, è storia, le tante sentenze assolutorie fondate su acrobazie formalistiche ([4]). Ne sono testimonianza inconfutabile i tanti articoli di stampa nei quali la realtà dei fatti è stata grossolanamente stravolta a beneficio di imputati di mafia (o di altre organizzazioni criminali): per esempio, gabellando per assoluzione l'avvenuta prescrizione rispetto ad episodi di partecipazione ad associazione per delinquere di tipo mafioso ([5]).

Non sempre, però, la realtà si rivela così sconfortante. A volte, specie ma non solo sull'onda dell'emozione suscitata da fatti di mafia particolarmente cruenti, il legislatore, i giudici, gli organi di informazione hanno fatto sino in fondo il loro dovere, sfidando le armi della mafia e sopperendo almeno in parte all'inerzia di chi chiude gli occhi. Occorre rettitudine, abnegazione, coraggio.

Oggi qui ci si limita a parlare. Ma vedo che siete molto numerosi, vedo tante facce nuove, non solo di studenti. Questo è infatti un incontro aperto alla cittadinanza tutta, per nulla autoreferenziale: e la parola detta in pubblico, come la parola scritta, può essere efficace, molto efficace. Se così non fosse, le dittature, come anche i governi autoritari, non cercherebbero sempre e ovunque di sopprimere o almeno di limitare la libertà di espressione.

Anch'io avevo preparato un sintetico profilo dei due relatori di oggi ([6]), ma

---

([3]) NATOLI, *Giustizia penale : principio di legalità e controllo sul potere*, in http://www.osservatoriosullalegalita.org/04/comm/10ott/1520natolijus.htm Cfr., altresì, per tutti, CASELLI, *Due giustizie, nessuna giustizia*, in http://www.societacivile.it/previsioni/articoli_previ/settimana.html; TRAVAGLIO, *Il manuale del perfetto impunito — Come delinquere e vivere felici*, Milano, 2000.

([4]) Cfr., *Almanacco dei misteri d' Italia. Delitti 'politici' di mafia — Le notizie del 2001*, in http://www.almanaccodeimisteri.info/mafia2001.htm

([5]) Cfr., per tutti, CASELLI, *Ma Andreotti è stato mafioso*, in *La Stampa*, 18 ottobre 2004.

([6]) Gian Carlo Caselli, è stato per lungo tempo giudice istruttore a Torino, ove si è impegnato, in particolare, nelle inchieste su Prima Linea e sulle Brigate Rosse. Dal 1986 al 1990 è stato membro del Consiglio Superiore della Magistratura e dal 1993 al 1999 — vale a dire nel periodo successivo alle stragi nelle quali hanno perso la vita, tra gli altri, i giudici Falcone e Borsellino — ha retto la procura di Palermo. Conclusa l'esperienza palermitana è stato nominato prima direttore generale del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e poi, nel 2001, rappresentante a Bruxelles di Eurojust. Attualmente è procuratore generale di Torino. E' anche autore di alcuni libri, in particolare, *L' eredita scomoda. da Falcone ad Andreotti. Sette anni a Palermo*, Feltrinelli, Roma, 2001, scritto assieme ad Antonio Ingoia; *A un cittadino che non crede nella giustizia*, Laterza, 2005, scritto assieme a Livio Pepino. Da ultimo, merita una particolare segnalazione *Un magistrato fuori legge*, Melampo editore, 2005, nel quale l'autore racconta, tra l'altro, come con un'apposita legge *ad (rectius, contra) personam* gli sia stato impedito di partecipare al concorso per la nomina a Procuratore nazionale antimafia. Gian Carlo Caselli è autore, anche, di numerosi articoli pubblicati in libri collettanei e giornali; articoli la cui lettura è a mio giudizio preziosa per capire come funziona — o non funziona — la nostra giustizia.

dato che la loro presentazione è già stata fatta vi rinuncio volentieri. Anche perché, vivaddio, si tratta di due personaggi assai noti che non hanno certo bisogno della mia presentazione.

Come si sa, come il loro curriculum testimonia, sia pure in modo diverso sono entrambi profondi conoscitori del fenomeno mafioso nei suoi risvolti socio-giuridici, e in questa veste interverranno oggi. Nel concludere, desidero dire solo una cosa, di cui sono assolutamente certo: checché si pensi di loro, nei rispettivi ruoli di giudice e di cronista-scrittore, non possono essere annoverati tra quelli che tollerano, che tacciono, che si fanno condizionare dalla paura. Per questo, come dicevo in apertura, sono veramente contento che siano qui e li ringrazio, e a nome di Officina, della nostra Facoltà, dell'Università tutta e mio personale li ringrazio.

ABSTRACT

This essay embodies the proceedings of the introduction to the meeting with Giancarlo Caselli and Marco Travaglio about "Mafia e antimafia tra storia e presente" ("Mafia and the fight against mafia between past and present days", University of Ferrara 27th April 2006). The Author points out the several different facets of criminal law, underlining that only some of those are capable of effectively tackling criminal activities of the Mafia.

Questo breve lavoro ripropone in forma scritta l'introduzione all'incontro con Giancarlo Caselli e Marco Travaglio su "Mafia e antimafia tra storia e presente" (Università di Ferrara, 27 aprile 2006). L'Autore sottolinea come il diritto penale abbia mille facce, delle quali solo alcune consentono una efficace opera di contrasto rispetto alle attività criminali a carattere mafioso.

Marco Travaglio, giornalista, ha svolto la sua attività prima presso *Il Giornale* e *La Voce*.di Indro Montanelli, poi presso *La Repubblica*. Attualmente collabora anche con *MicroMega*, *L'Espresso, L'Unità* e con alcuni giornali *online*. E' specializzato soprattutto nella cronaca mafiosa e politico-giudiziaria. Ha pubblicato una nutrita serie di libri-inchiesta, tra i quali: *Bananas: un anno di cronache tragicomiche dallo stato semilibero di Berlusconia*, Milano, 2003; *Montanelli e il cavaliere: storia di un grande e di un piccolo uomo*, Milano, 2004; *Nessuno mi puo giudicare. Storia tragicomica di un premier imputato e impunito*, Roma, 2004; *L'odore dei soldi* scritto con Elio Veltri e pubblicato nel 2001; *Intoccabili*, Milano, 2005, scritto con Saverio Lodato; e poi, sempre a quattro mani con Peter Gomez, *La repubblica delle banane*, Roma, 2001; *Lo chiamavano Impunita La vera storia del caso Sme e tutto quello che Berlusconi nasconde all'Italia e all'Europa*, Roma, 2003; *L' amico degli amici*, Milano, 2005, *Regime*, BUR 2004, *Inciucio*, Milano, 2005. E ancora, in particolare, *Mani Pulite. La vera storia*, scritto con Peter Gomez e Gianni Barbacetto, Roma, 2002. Censore spietato del (peraltro non edificante) costume di una certa Italia, è oggetto di critiche provenienti tanto dal centro-destra quanto dal centro-sinistra, sovente accomunati nel considerarlo troppo intransigente e giustizialista.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

LUCETTA DESANTI

IL FANTASMA DEL FEDECOMMESSO

– Fedecommesso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria – (*)

1. – Il sistema successorio romano, come è noto, contemplava il fedecommesso (1): disposizione di ultima volontà priva di requisiti di forma che — secondo un tradizionale insegnamento — poteva avere ad oggetto un'eredità o quota di essa (fedecommesso universale), ovvero un singolo bene (fedecommesso particolare), o ancora la liberazione di uno schiavo, proprio o altrui (fedecommesso di libertà).

Affiancatosi alle principali disposizioni proprie del *ius civile*, sino a costituirne una sorta di 'duplicazione' (2), ma successivamente assorbito dal legato o dalla istituzione di erede (3), il fedecommesso è infine

---

(*) Il presente saggio riflette il contenuto di un seminario svoltosi Ferrara, nell'ambito del Dottorato di ricerca in Comparazione giuridica e storico giuridica, *curriculum* di Diritto romano, nel maggio 2005.

(1) Intorno alle linee generali dell'istituto, per tutti: B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943, 289 ss.; G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino 1962^2; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Parte speciale, Milano 1963^2, 223 ss.; G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano 1967, 332 ss.

(2) Mediante il fedecommesso era possibile trasmettere l'eredità (o una sua quota) oppure singoli beni così come, rispettivamente, attraverso l'istituzione di erede o il legato. Il fedecommesso inoltre — imponendo all'erede di restituire ad altri quanto ricevuto — si prestava a realizzare una sorta di 'diseredazione' all'interno dei codicilli (Gai. 2, 273); o ancora – prescrivendogli di restituire dopo la propria morte – originava una sostituzione: D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp*.). Sulla sostituzione fedecommissaria, v. *infra*. Il fedecommesso di libertà si affiancava, a sua volta, alla *manumissio testamento*.

(3) L'equiparazione del regime di legati e fedecommessi era stata già disposta da una riforma di Giustiniano: C. 6, 43, 1 (a. 529) e C. 6, 43, 2 (a. 531); cfr. anche Inst. 2, 20, 2-3 e D. 30, 1 (Ulp. 67 *ad ed*.). È opinione largamente condivisa che tale riforma abbia coinvolto i fedecommessi particolari, del tutto affini ai legati. Il fedecommesso

scomparso dalle codificazioni moderne ([4]).

Emblematico è quanto si legge nel c.c. italiano del 1942, ove — accanto ad eredi e legatari — non figurano più i fedecommissari:

> Art. 588: "*Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare*. Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario.
> L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio".

Allo stesso tempo il 'fantasma' del fedecommesso riaffiora, riemerge attraverso istituti che da esso sono scaturiti e ne conservano significative tracce. Limitando lo sguardo al diritto italiano, soffermeremo la nostra attenzione sulla fiducia testamentaria (o disposizione fiduciaria, art. 627 c.c.) e sulla sostituzione fedecommissaria (art. 692 ss. c.c.) ([5]).

2. – Inizieremo il nostro percorso dal diritto romano, convergendo sulla disciplina del fedecommesso a contenuto patrimoniale ([6]) e soffermandoci sugli aspetti che maggiormente coinvolgono il nostro tema.

---

universale, viceversa, estesa in via generale la regolamentazione del SC Trebelliano, che costituiva il fedecommissario *heredis loco*, sarebbe stato progressivamente concepito come 'attribuzione indiretta di eredità'. Si tenga inoltre presente che C. 6, 43, 2 (a. 531), in caso di contrasto fra il regime dei due istituti, ha dichiarato prevalente la disciplina del fedecommesso; con la conseguenza che il legato, in realtà, si è modellato su di essa. In effetti, guardando al vigente codice civile italiano (art. 662 c.c.), possiamo notare che il legato, analogamente al fedecommesso romano, può gravare non soltanto sull'erede, ma anche su un legatario (non, tuttavia, su qualsiasi onorato *mortis causa*). Sulla portata della riforma giustinianea, in particolare: G. Grosso, *I legati*[2], cit., 34 ss. e 129 ss., nonché Id., *Sulla riforma di Giustiniano in materia di legati*, in *Studi Paoli*, Firenze 1955, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, 646 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II[2], cit., 235 ss.; G. Impallomeni, *Prospettive in tema di fedecommesso*, cit., 185 ss.

([4]) Il termine fedecommesso viene talvolta adoperato, dalla dottrina civilistica, per identificare la sostituzione fedecommissaria, di cui parleremo in seguito. Questa figura però – sia pure derivando da una applicazione del fedecommesso romano – consiste ormai in una duplice istituzione di erede. V. *infra*.

([5]) Per ulteriori riminiscenze dell'istituto, cfr. G. Impallomeni, *Prospettive in tema di fedecommesso*, cit., 332 ss.

([6]) Non ci occuperemo invece del fedecommesso di libertà, che esula dalle nostre considerazioni.

Precisiamo subito che il fedecommesso consisteva nella preghiera, che il *de cuius* rivolgeva al proprio erede, legatario o altro beneficiario *mortis causa* (7), di restituire l'eredità, o un singolo bene, ad un altro soggetto, il fedecommissario. Tale preghiera, del tutto priva di requisiti di forma (8), in origine non risultava giuridicamente vincolante, ma fondava un obbligo di carattere morale, il cui adempimento non poteva essere preteso, ma appariva demandato alla lealtà dell'onerato.

> Inst. 2, 23, 1: Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. ...

Come si apprende dal prosieguo del passo, il riconoscimento giuridico di questa figura fu opera di Augusto. Il principe — che per primo avrebbe spontaneamente ottemperato alle preghiere rivoltegli da Lucio Lentulo (9) — ne impose la cogenza, dapprima in singoli casi e poi in via generale, attribuendo ai consoli la competenza giurisdizionale. La materia, successivamente, fu affidata alla magistratura speciale dei *praetores fideicommissarii* (inizialmente due, in seguito ridotti a uno); in provincia, al governatore (10).

---

(7) Il fedecommesso universale, per meglio dire, gravava sull'erede, testamentario o legittimo, nonché sul *bonorum possessor ab intestato*. Il fedecommesso particolare, invece, poteva risultare a carico non soltanto dell'erede, ma anche di un legatario, di un fedecommissario, ovvero, più in generale, di chi fosse stato onorato, *mortis causa*, dal disponente: Gai. 2, 271; D. 32, 1, 6 (Ulp. 1 *fideic*.).

(8) Come si ricava, per esempio, da Ulp. 25, 1, l'elemento vincolante, dal quale la disposizione traeva efficacia, non risiedeva nei *verba*, ma piuttosto nella *voluntas defuncti*. Il fedecommesso, invero, veniva per lo più manifestato in forma di preghiera, attraverso talune forme verbali ricorrenti, quali *peto, rogo, volo, fidei committo*: Gai. 2, 249; Ulp. 25, 2. Tuttavia, si è riconosciuto valore di fedecommesso, in via di interpretazione, anche a disposizioni più ambigue, le quali esprimevano piuttosto una convinzione, oppure un consiglio: D. 31, 67, 10 (Pap. 19 *quaest*.); D. 32, 11, 9 (Ulp. 2 *fideic*.). Il fedecommesso poteva essere manifestato anche oralmente, purché alla presenza di cinque testimoni: D. 32, 21 *pr*. (Paul. 4 *sent*.); C. 6, 42, 22 (a. 293); Ulp. 25, 3; in epoca giustinianea, addirittura, anche in assenza di testimoni: C. 6, 42, 32 (a. 531); Inst. 2, 23, 12. V. *infra*.

(9) Inst. 2, 25 *pr*.

(10) Gai. 2, 278; SUET. *Claud*. 23; QUINT. *Inst*. 3, 6, 70. Sulla affermazione della *cognitio fideicommissaria*, V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari 2001.

Ottenuta efficacia giuridicamente vincolante, la disposizione assunse una disciplina per certi aspetti simile a quella del legato ([11]), e in particolare del legato *per damnationem*. È infatti opinione condivisa che il fedecommesso generasse fondamentalmente un rapporto obbligatorio ([12]), tutelato *extra ordinem*, fra l'onerato-debitore e il fedecommissario-creditore.

Esiste tuttavia un profilo troppo spesso trascurato sul quale è necessario richiamare l'attenzione, anche perché, in seguito, riemergerà nella nostra indagine. L'avvenuto riconoscimento di un vincolo giuridico nei confronti del fedecommissario, sanzionato dalla *fideicommissi petitio*, non aveva fatto venire meno il primario obbligo morale nei confronti del *de cuius*.

Accadeva così che l'onerato, allo scopo di seguire la *voluntas defuncti* e di meglio adempiere all'*officium fidei*, decidesse di prestare il fedecommesso pur non essendovi giuridicamente tenuto. Per esempio, l'erede pregato di restituire l'intera eredità — per obbedire fedelmente alla richiesta del *de cuius* — rinunciava a trattenere la quarta parte che gli spettava di diritto ai sensi del

---

([11]) Come il legato, anche il fedecommesso diveniva efficace solo con l'*aditio* da parte dell'erede: di qui la comune applicazione di regole volte a salvaguardare la disposizione: la quarta di riserva a favore dell'erede (introdotta per i legati dalla legge Falcidia, per i fedecommessi dal SC Pegasiano) e la dottrina del *dies cedens* e del *dies veniens*, diretta a garantire la trasmissibilità del lascito in caso di premorienza dell'onorato. Ancora, diversi mezzi complementari di difesa concernevano ambedue gli istituti: *cautio* e *missio in possessionem legatorum*, o *fideicommissorum*, *servandorum causa*; *missio in possessionem Antoniniana*. Per tutti, G. Grosso, *I legati*[2], cit., 407 ss. L'affinità con il legato valeva, soprattutto, per il fedecommesso particolare, mentre il fedecommesso universale, inizialmente modellato sul *legatum partitionis*, si è andato progressivamente differenziando. Soprattutto grazie alla emanazione del SC Trebelliano che, come è noto, aveva costituito il fedecommissario universale in luogo di erede (accordandogli in via utile le azioni a favore e contro l'erede stesso), il fedecommesso universale tendeva a costituirsi come disposizione attributiva dell'eredità che, nonostante le ineliminabili differenze, poteva essere percepita come una sorta di istituzione di erede con efficacia indiretta. Ridimensionata dalla emanazione del SC Pegasiano (che ne permise la sopravvivenza in due ipotesi soltanto, segnando un ritorno al più antico regime), la disciplina del Trebelliano fu di nuovo generalizzata in epoca giustinianea.

([12]) Invero, il superamento dell'efficacia meramente obbligatoria sarebbe avvenuto, già in epoca classica, attraverso la concessione della *missio in rem*, provvedimento che avrebbe consentito di recuperare singoli beni, gravati di fedecommesso, anche presso i terzi acquirenti. Tale istituto però, alquanto oscuro, non sembrerebbe essersi applicato in via generale, ma solo ricorrendo determinati presupposti. In argomento: C. Salkowski, in F. Glück, *Commentario alle Pandette*, XXX-XXXII.2, trad. ital., Milano 1901, § 1528, 496 ss.; F. Klingmüller, *Ius ad rem?*, in *ZSS*, 44 (1924), 211 ss.; G. Impallomeni, *L'efficacia del fedecommesso pecuniario nei confronti dei terzi. La in rem missio*, in *BIDR*, 70 (1967), 1 ss. e Id., *Prospettive in tema di fedecommesso*, cit., 174 ss.; F. Arcaria, "*Missio in possessionem*" *e* "*cognitio fideicommissaria*", in *BIDR*, 88 (1986), 255 s.

SC Pegasiano ([13]). Oppure, pregato di restituire i beni alla morte — sempre per adempiere con maggiore pienezza alla preghiera rivoltagli — decideva di trasmetterli anticipatamente, durante la vita ([14]). O ancora, preferiva restituire ugualmente sebbene il fedecommesso risultasse radicalmente invalido ([15]).

Ebbene, in tutti questi casi si applicava la seguente disciplina. Chi aveva prestato un fedecommesso non giuridicamente dovuto, non per errore ma scientemente, allo scopo di adempiere alla volontà del *de cuius* ([16]), non poteva ripetere quanto aveva prestato ([17]).

Si vedano, in particolare ([18]):

> D. 22, 6, 9, 5-6 (Paul. *l. sing. de iur. et fact. ignor.*): ... sed et imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: 'Quod ex causa fdeicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest'. ... nam initium constitutionis generale est: demonstrat enim, si non per errorem solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non posse repeti ...

([13]) Per esempio: D. 36, 1, 47 (45) (Mod. *l. sing. de heurem.*); D. 42, 8, 20 (Call. 2 *quaest.*); P.S. 4, 3, 2; P.S. 4, 3, 4; C. 6, 50, 1. Il SC Pegasiano, dell'età di Vespasiano, aveva esteso ai fedecommessi una disciplina già introdotta per i legati dalla *lex Falcidia* del 40 a.C.: Gai. 2, 254; Inst. 2, 23, 5.

([14]) Per esempio: D. 42, 8, 19 (Pap. 11 *quaest.);* C. 6, 42, 12. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato avevano efficacia condizionale: perciò, mentre l'onerato viveva, l'obbligo fedecommissario non sussisteva ancora, né era certo che sarebbe venuto in essere. Cfr. L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano 2003, 25 ss.

([15]) C. 6, 42, 2.

([16]) Come si ricava da D. 24, 1, 5, 15 (Ulp. 32 *ad Sab.*), in tale ipotesi non si configurava una donazione, un atto di liberalità, ma, per l'appunto, l'adempimento di un obbligo: sebbene non giuridico ma di carattere morale.

([17]) Sul punto, per tutti: F. VASSALLI, *Iuris et facti ignorantia*, in *Studi Senesi*, 30 (1914), 27 ss.; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, 134 ss. e ID., *Diritto ereditario romano*, II[2], cit., 787; S. SOLAZZI, *L'errore nella "condictio indebit"*, in *Atti Acc. Napoli*, 59 (1939), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, 127 ss.; ID., *Ancora dell'errore nella "condictio indebiti"*, in *SDHI*, 9 (1943), ora in ID., *Scritti*, IV, cit., 429 s.; F. SCHWARZ, *Die Funcktion des Irrtums bei Erfüllung gänzlich oder telweise nicht geschuldeter Fideikommisse*, in *ZSS*, 68 (1951), 266 ss.; ID., *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 101 s.; G. G. ARCHI, *Variazioni in tema di "indebiti solutio"*, in *Studi Arangio-Ruiz*, III, 1952, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1981, 1206 ss.; U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, 276 ss. Più di recente, L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., 25 ss.

([18]) Oltre alle testimonianze riportate nel testo, cfr.: D. 5, 2, 21, 1 (Paul. 3 *resp.*); D. 12, 6, 39 (Marc. 8 *inst.*); D. 24, 1, 5, 15 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 36, 1, 47 (45) (Mod. *l. sing. de heurem.*); D. 36, 1, 70 (68), 1 (Val. 4 *fideic.*); D. 39, 5, 20, 1 (Marcell. 22 *dig.*); C. 6, 50, 1 (a. 197).

P. S. 4, 3, 4: Qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, si non retineat, repetere eam non potest. Nec enim indebitum solvisse videtur qui plenam fidem defuncto praestare maluit.

Interpr.: Is, qui integram hereditatem fideicommissario restituit, quum quartam sibi iure concessam retinere potuerit, postea eam repetere non potest: quia nec aliquid indebitum solvit, sed integram fidem defuncto exhibuisset videtur.

C. 6, 42, 2: Imp. Antoninus A. Eupatrio. Etsi inutiliter fideicommissum relictum est, tamen si heredes comperta voluntate defuncti praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi satis defuncti voluntati factum esse videatur. PP. VI K. Aug. Laeto II et Cereale conss. (a. 215).

Ciò significa che il fedecommesso — anche là dove non risultasse giuridicamente vincolante — non rimaneva del tutto privo di effetti. Esso, per meglio dire, non era tutelato in via di azione, e non poteva essere preteso; tuttavia, se spontaneamente adempiuto - in forza del vincolo morale nei confronti del *de cuius* — era trattenuto definitivamente dal fedecommissario. Operava, cioè, la *soluti retentio*.

3. – Il fedecommesso, espressione del cosiddetto *ius extraordinarium*, non sfuggiva solamente ai vincoli di forma imposti dal diritto civile, ma anche ad ulteriori regole che limitavano l'applicazione delle disposizioni 'dirette'.

Gaio, in un lungo squarcio delle Istituzioni, faceva notare che i fedecommessi potevano essere disposti, a differenza dei legati: anche da colui che non avesse fatto testamento, evidentemente a carico di un erede legittimo (19); non soltanto nei codicilli confermati, ma anche in quelli non confermati (o *ab intestato*) (20); non soltanto a carico di un erede, ma anche di un legatario o di un fedecommissario (21). I fedecommessi, inoltre, permettevano ulteriori

(19) Gai. 2, 270. In tal modo, anche colui che fosse morto senza testamento avrebbe potuto disporre, in definitiva, intorno alla sorte dei suoi beni: pregando l'erede legittimo, per esempio, di restituirli in parte al fedecommissario. Ciò consentiva di aggirare, di fatto, un principio cardine del diritto successorio romano: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Anche se imporre un fedecommesso all'erede legittimo, all'interno dei codicilli, non equivaleva propriamente a fare testamento, l'eredità del disponente appariva comunque devoluta, in parte, secondo la legge e, in parte, secondo la sua volontà.

(20) Gai. 2, 270a.

(21) Gai. 2, 271.

risultati altrimenti irraggiungibili: dare la libertà ad un servo altrui (22), 'istituire' e 'diseredare' all'interno dei codicilli (23), devolvere eredità o legati a soggetti incapaci di riceverli (24), designare un 'erede' successivo, destinato a subentrare dopo la morte del primo (25).

L'ambito di applicazione del fedecommesso, in definitiva, risultava assai più ampio rispetto a quello delle disposizioni 'dirette': solo la nomina del tutore, sempre secondo Gaio, sarebbe rimasta preclusa (26).

C'è però da dire che il nostro istituto, nel corso della sua evoluzione, si è prestato a svolgere due funzioni fondamentali, individuate dagli studiosi, rispettivamente, nella 'interposizione di persona' (ovverossia nella 'disposizione fiduciaria'), e nella 'sostituzione fedecommissaria' (27). Poiché questa

---

(22) Gai. 2, 272. Attraverso la manomissione testamentaria, che aveva efficacia 'diretta', si poteva affrancare unicamente uno schiavo del testatore stesso. Il fedecommesso di libertà, invece, che aveva effetti indiretti e obbligatori, si prestava ad essere disposto anche nei confronti di un servo altrui.

(23) Gai. 2, 273. I fedecommessi, per meglio dire, consentivano di ottenere — all'interno dei codicilli (ove non potevano figurare disposizioni inerenti all'eredità) — una sorta di istituzione di erede e una sorta di diseredazione. Difatti, l'erede onerato, pregato di restituire l'eredità ricevuta, poteva apparire, in un certo senso 'diseredato'; mentre il fedecommissario, destinato a riceverla, risultava in un certo senso 'istituito'.

(24) Gai. 2, 274-275. L'esempio illustrato al par. 274 è quello della donna, che — ai sensi della legge Voconia (169 a. C.) — non poteva essere istituita erede da cittadini il cui patrimonio superasse i centomila assi. Al par. 275 si fa riferimento invece ai cosiddetti *Latini Iuniani*, ossia gli schiavi manomessi in forma non solenne, che, ai sensi della *lex Iunia Norbana*, non potevano ricevere eredità o legati in modo diretto (*directo iure*). Allo scopo di aggirare tali divieti, per l'appunto, si poteva onorare la donna, o il Latino, attraverso un fedecommesso. Su questa applicazione dell'istituto, probabilmente quella delle origini, torneremo fra un momento.

(25) Gai. 2, 277. La nomina di due eredi consecutivi, uno dopo la morte dell'altro, era infatti preclusa a causa del principio *semel heres semper heres*. Allo scopo di aggirare il divieto, si poteva pregare l'erede istituito di restituire l'eredità al fedecommissario, tutta o in parte, al momento della sua morte. Sul punto torneremo poi.

(26) Gai. 2, 289. Anche quest'ultimo limite, peraltro, sembrerebbe essere caduto, grazie all'istituto della conferma del tutore. Come risulta da un passo di Modestino, in D. 26, 3, 1, 1 (Mod. 6 *exc.*), una disposizione in forma di preghiera di questo tipo, 'ti prego di avere cura dei beni', avrebbe potuto dare luogo — tramite un provvedimento di conferma — alla nomina di un tutore regolarmente costituito. Per tutti: L. DESANTI, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995, specialm. 311 ss.

(27) In particolare: J. DECLAREUIL, *Quelques notes sur certains types de fidéicommis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 135 ss.; P. LEMERCIER, *Quelques remarques sur les origines du fidéicommis et sur le fidéicommis d'hérédité à l'époque classique (suite et fin.)*, in *RHD*, 14 (1935), 628 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., 205 s. e 477 ss. Sull'emersione delle due fondamentali modalità del *fideicommissum*, in parallelo alla 'giuridificazione' dell'istituto, e al prevalere della *potestas* sulla *fides*, di recente, F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli 2002, 88 ss.

duplicità di funzioni si è sostanzialmente tradotta negli istituti di cui ci occuperemo, con riferimento al diritto moderno, è bene dedicare, al riguardo, una specifica riflessione.

4. – Lo scopo primario del fedecommesso, al suo apparire, era quello di fare pervenire una liberalità a soggetti incapaci di ricevere per testamento ([28]). Come riferiscono le Istituzioni di Giustiniano (2, 23, 1), ... *quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant*. Chi lasciava eredità o legati a coloro ai quali non si potevano lasciare, li affidava alla fede di coloro che potevano ricevere per testamento. Il *de cuius*, cioè, istituiva erede o legatario un soggetto capace, e lo pregava di restituire, per l'appunto, alla persona indicata, che capace non era.

Unico beneficiario della disposizione, in questa luce, appariva essere l'incapace, vale a dire il fedecommissario, mentre l'onerato veniva inteso come semplice strumento di trasmissione. Egli era, per l'appunto, una persona interposta: un semplice tramite fra il *de cuius* e l'effettivo destinatario dei beni.

Peraltro, già a partire dalla prima età classica, buona parte delle incapacità in discorso — inizialmente circoscritte ad eredità e legati — si estesero anche al fedecommesso ([29]). Ciò, da una parte, aveva assai limitato l'originario ambito di applicazione dell'istituto (giacché molti incapaci, ormai, non potevano più ricevere, neppure *fideicommissi nomine*); dall'altra, ne aveva suggerito un nuovo impiego per eludere le suddette prescrizioni: il cosiddetto tacito fedecommesso in frode alla legge ([30]). Il *de cuius*, in definitiva, istituiva

---

([28]) Simili incapacità colpivano, in particolare, i *peregrini* (Gai. 2, 285), i *Latini Iuniani* (Gai. 2, 275; Ulp. 25, 7), le donne, rispetto a cittadini con censo superiore ai centomila assi (Gai. 2, 274), ma anche i celibi e gli *orbi*, i padri solitari, i coniugi tra loro, senza o con limitato numero di figli (Gai. 2, 286-286a), le *feminae probrosae* (SUET. *Dom*. 8, 4), nonché le persone incerte, delle quali il *de cuius* non potesse avere consapevolezza (Gai. 2, 287).

([29]) Così, il SC Pegasiano avrebbe esteso l'*incapacitas* di ricevere per fedecommesso alle medesime categorie già previste dalla *lex Iulia et Papia* (celibi, *orbi*, padri solitari, coniugi tra loro con o senza prole): Gai. 2, 286-286a; lo stesso avrebbe fatto Adriano riguardo alle *feminae probrosae*: D. 29, 1, 41, 1 (Triph. 18 *disp*.). Sempre durante il principato fu sancita l'incapacità dei *peregrini* (Gai. 2, 285), delle *incertae personae* e del *postumus alienus* (Gai. 2, 287). Le uniche eccezioni, stando a Gaio, concernevano le donne e i *Latini Iuniani*, che potevano ancora ricevere a questo titolo: Gai. 2, 274-275.

([30]) D. 22, 1, 17, 2 (Paul. *l. sing. de us*.); D. 22, 3, 3 (Pap. 9 *resp*.); D. 28, 6, 43, 3 (Paul. 9 *quaest*.); D. 29, 2, 83 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap*.); D. 30, 103 (Iul. 83 *dig*.); D. 30, 123, 1 (Marcell. *l. sing. resp*.); D. 34, 9, 10 *pr*. (Gai. 15 *ad l. Iul. et Pap*.); D. 34, 9, 11 (Pap. 15 *quaest*.); D. 34, 9, 18 *pr*. e 2 (Pap. 15 *resp*.); D. 34, 9, 23 (Gai. *l. sing. de tac. fideic*.); D. 34, 9, 25 (Pap. 14 *resp*.); D. 35, 2, 13 (Pap. 37 *quaest*.); D. 40, 5, 12, 2 (Mod. *l. sing. de*

erede una sorta di prestanome, e lo incaricava in segreto — per esempio verbalmente, oppure con uno scritto a parte — di trasmettere i beni al soggetto incapace. Tale fedecommesso — evidentemente illecito — fu severamente sanzionato, sia nei confronti dell'incapace, che perdeva il lascito, sia riguardo al fiduciario prestatosi all'espediente: privato del fedecommesso vero e proprio, nonché degli ulteriori diritti ereditari ad esso collegati (in particolare, della quarta Pegasiana).

Il fedecommesso d'altronde, venne ben presto utilizzato ad ulteriori fini: in particolare, quale strumento per dare protezione a soggetti 'deboli', incapaci di provvedere a sé e alle proprie sostanze (31), come gli impuberi e i minori di venticinque anni (32). E anzi, in questa nuova applicazione, presentava una natura più marcatamente 'fiduciaria'.

In definitiva, accingendosi a lasciare dei beni a un impubere o a un minore, e temendo che tali beni — magari amministrati da tutori o curatori inaffidabili — andassero dilapidati, il *de cuius* evitava di trasmetterli direttamente al giovane (33). Piuttosto, istituiva erede una persona di fiducia (eventualmente la moglie, ma anche un amico) e la pregava di restituirli, al giovane stesso, quando avesse raggiunto la pubertà, o i venticinque anni, o comunque un'età ritenuta adeguata (34).

È evidente che lo scopo della disposizione, in questi casi, era esclusivamente quello di avvantaggiare l'impubere o il minorenne destinatario del lascito. L'onerato, invece, fungeva da custode e amministratore del patrimonio, in attesa che il giovane, giunto a una certa età, fosse stato in grado di provvedervi da solo.

---

manumiss.); D. 49, 14, 1 *pr.* (Call. 1 *iur. fisc.*); D. 49, 14, 3 *pr.* –3 e 4 (Call. 3 *iur. fisc.*); D. 49, 14, 13, 7 (Paul. 7 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 49, 14, 40 *pr.*-1 (Paul. 21 *quaest.*); D. 49, 14, 42 (Val. 5 *fideic.*); D. 50, 1, 15, 2 (Pap. 1 *resp.*); C. 10, 11, 1 (a. 223); Ulp. 25, 17. Per tutti: G. IMPALLOMENI, *Prospettive in tema di fedecommesso*, cit., 295 s.; S. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid 1996, 77 ss.; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 55 ss.

(31) Sul fenomeno: L. DESANTI, *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, N.S., Sez. V, Sc. giur., 7 (1993), 105 ss.; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 105 ss.

(32) Va tenuto presente che il minore di venticinque anni era giuridicamente capace di agire. Ma, giacché di fatto era considerato inidoneo ad amministrare il proprio patrimonio, e per questo era sottoposto a cura, sembra lecito indicarlo fra i soggetti incapaci o limitatamente capaci, come gli impuberi, le donne e i *furiosi*.

(33) Teniamo presente che il padre, allo scopo di predisporre questo schema nei confronti del figlio legittimo in potestà, doveva necessariamente diseredarlo. La diseredazione, in tale ipotesi, si intendeva però compiuta a vantaggio del figlio medesimo (*exheredatio bona mente*): D. 28, 2, 18 (Ulp. 57 *ad ed.*) e D. 38, 2, 12, 2 (Ulp. 44 *ad ed.*).

(34) D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 32, 34, 2 (Scaev. 16 *dig.*); D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*); D. 35, 1, 36, 1 (Marc. *l. sing. resp.*); D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*); D. 36, 1, 76 (74), 1 (Paul. 2 *decr.*); D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 *dig.*).

La speciale natura 'fiduciaria' di un simile fedecommesso non era sfuggita ai giuristi romani, che infatti vi hanno applicato talune soluzioni particolari, in deroga alla disciplina ordinaria.

Così, nell'ambito dei fedecommessi ad esecuzione differita, i frutti maturati nel periodo intermedio, di norma, spettavano all'erede ([35]). Nei casi in esame, invece, diverse testimonianze giurisprudenziali enunciano il principio opposto, secondo il quale i frutti dovevano essere restituiti insieme al capitale.

Tale principio, espresso in termini generali in un brano di Pomponio recante il pensiero di Pegaso ([36]), riaffiora nell'opera di Cervidio Scevola ([37])

([35]) Il principio emerge, in particolare, da D. 36, 1, 19 (18) *pr.* (Ulp. 15 *ad Sab.*), ove si legge che l'erede onerato non era tenuto a restituire i frutti, se non *ex mora* o quando fosse stato espressamente previsto. Cfr., inoltre: D. 5, 2, 8, 11 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 35, 2, 15, 6 (Pap. 13 *disp.*); D. 35, 2, 18, 1 (Paul. 11 *quaest.*); D. 35, 2, 24, 1-2 (Paul. 14 *resp.*); D. 35, 2, 66 *pr.* (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 35, 2, 73, 4 (Gai. 18 *ad ed. prov.*); D. 35, 2, 88, 3 (Afr. 5 *quaest.*); D. 36, 1, 19 *pr.*-2 (Ulp. 15 *ad Sab.*); D. 36, 1, 23 (22), 2 (Ulp. 5 *disp.*); D. 36, 1, 60, 5 (Pap. 9 *resp.*); C. 6, 49, 6 (a. 489). Vi è stato chi ha messo in discussione la genuinità di queste attestazioni, o di alcune di esse: M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, in *BIDR*, 21 (1909), 186 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, 296 ss. Per la plausibilità di questo principio: G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*^{2}, cit., 354 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II^2 , cit., 765 s.

([36]) D. 31, 43, 2 (Pomp. 3 *ad Q. M.*): *Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, cuius causa tempus dilatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis*. Sulla base della distinzione attribuita a Pegaso, per stabilire se i frutti maturati prima della scadenza — *antecedentis temporis* — fossero dovuti o meno, si trattava di considerare a vantaggio di chi fosse stata prorogata la restituzione: se il termine risultava apposto nell'interesse dell'erede onerato, costui avrebbe trattenuto i frutti; viceversa, se risultava apposto nell'interesse del fedecommissario, anche i frutti dovevano essere resi. Ebbene, il caso prescelto dal giurista per esemplificare questa seconda ipotesi era proprio quello del fedecommesso lasciato *in tempus pubertatis*, evidentemente inteso ad esclusivo vantaggio del fedecommissario impubere.

([37]) D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*): *Filium ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit heredes et filii fidei commisit, ut novercae restitueret hereditatem: ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet eique menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit, cum autem implesset eam aetatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret. filius deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, novercae hereditatem restituit et postea implevit vicesimum quintum annum aetatis. quaesitum est, cum noverca universae hereditatis haberet dodrantem semunciam et sicilicum, an eius partem dimidiam privigno suo restitueret. respondit secundum ea quae proponerentur tantum restituendum, quantum cum eo, quod Falcidiae nomine filius deduxisset, semissem faceret. idem quaesiit, an, quod infirmitati filii pater consulere voluerit, fructus quoque medii temporis noverca ei restituere deberet. respondit secundum ea quae proponerentur debere*. Il testatore,

nonché nel seguente passo di Papiniano, che tanta importanza avrebbe avuto nella riflessione successiva:

> D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*): Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, cum certam aetatem puella complesset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset: praefectis praetorii suasi fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctae percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum praelegaverat sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.

Una madre, che intendeva lasciare i suoi beni alla figlia, evidentemente impubere, ma preferiva sottrarli alla gestione dei tutori, aveva istituito erede un parente, pregandolo di restituire l'eredità alla figlia stessa, quando fosse giunta ad una certa età, e consentendogli di trattenere un fondo.

A giudizio di Papiniano, l'erede doveva restituire alla giovane anche i frutti maturati nel frattempo, sulla base di due argomentazioni: *sive quod fundum ei tantum praelegaverat sive quod lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat* ([38]). Anzitutto, perché la testatrice aveva riservato all'erede un solo fondo; e ciò faceva presumere che tutto il resto dovesse essere reso alla figlia. Inoltre perché la donna, attraverso il fedecommesso *in diem*, aveva inteso disporre una alternativa alla tutela, ossia favorire esclusivamente la figlia. L'erede dunque, inteso essenzialmente come custode e amministrato-

---

istituiti eredi il figlio, *ex dodrante*, e la moglie, *ex quadrante*, aveva pregato il figlio di restituire alla matrigna la sua parte di eredità; e aveva chiesto alla donna di avere cura del giovane, di prestargli una somma di denaro mensile, sino al compimento dei venticinque anni e, quindi, di restituirgli la metà dell'eredità. Il figlio, giunto ai venticinque anni, aveva diritto al fedecommesso; e si chiedeva, tra l'altro, se anche i frutti *medii temporis* dovessero essergli restituiti: *idem quaesiit, an, quod infirmitati filii pater consulere voluerit, fructus quoque medii temporis noverca ei restituere deberet*. Alla base della stessa domanda, e della risposta affermativa di Scevola, viene indicata una specifica motivazione, legata all'interesse soddisfatto dal *dies*. Il padre, mediante tale disposizione, aveva verosimilmente inteso provvedere all'incapacità del figlio (*quod infirmitati filii pater consulere voluerit*), ed assegnare all'erede fiduciario il semplice ruolo di custode-amministratore. Sempre di Scevola, cfr., altresì. D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 *dig.*).

([38]) C'è da dire che queste parole non sono andate esenti da sospetti: E. Genzmer, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 44 (1924), 136. Cfr. inoltre, per l'interpolazione di *'praelegaverat'*, H. T. Klami, *Zur römischen Prälegatsterminologie und D. 34, 3, 8, 6: Kritik der Textkritik*, in *SDHI*, 34 (1968), 259 ss. In ogni caso, le motivazioni da esse espresse riflettono princìpi effettivamente documentati per l'epoca classica.

re, in luogo del tutore, non avrebbe potuto avvantaggiarsi tenendo per sé i frutti.

C'è poi da dire che il passo non chiarisce se l'erede, per converso, potesse trattenere la quarta Pegasiana. E ciò autorizza a supporre che i giuristi romani, a differenza degli interpreti medievali, non fossero pervenuti a desumere — dalla natura fiduciaria della disposizione — l'obbligo di restituire anche tale quota. Alcuni elementi sembrerebbero tuttavia suggerire che a ciò si potesse giungere sulla base della *voluntas defuncti*.

Diverse testimonianze documentano infatti che il testatore, allo scopo di surrogare la quarta, poteva imporre all'onerato di ritenere un certo bene ([39]), o magari di accettare una somma di denaro ([40]). Ciò che l'erede avrebbe potuto *praecipere, deducere, detrahere, retinere*, nonché *accipere*, si considerava imputabile alla quarta stessa ([41]): cosicché il restante patrimonio sarebbe stato da restituirsi integralmente ([42]).

Tornando ora a D. 22, 1, 3, 3, possiamo scorgervi l'applicazione di un espediente simile. La testatrice infatti, nel pregare l'erede di restituire alla figlia, giunta ad una certa età, aveva prescritto che costui trattenesse un

---

([39]) Per esempio: D. 5, 3, 13, 6 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 15, 2, 1, 8 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 24, 1, 5, 15 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 30, 125 (Rut. Max. *l. sing. ad l. Falc.*); D. 31, 77 *pr.* (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 69 *pr.* (Pap. 19 *quaest.*); D. 32, 40, 1 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 1, 1, 16-17 e 21 (Ulp. 3 *fideic.*); D. 36, 1, 28 (27), 14 (Iul. 40 *dig.*); D. 36, 1, 31 (30), 3-4 (Marc. 8 *inst.*); D. 36, 1, 58 (56) (Pap. 7 *resp.*); D. 36, 1, 65 (63), 3 (Gai. 2 *fideic.*); D. 36, 1, 74 (72) (Pomp. 4 *fideic.*); D. 36, 1, 80 (78), 13 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 1, 83 (81) (Paul. 1 *imp. sent. in cognit. prolat. seu 2 decr.*); C. 6, 50, 11 (a. 243).

([40]) Per esempio: D. 5, 3, 13, 6 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 32, 11, 3 (Ulp. 2 *fideic.*); D. 35, 1, 109 (Scaev. 20 *dig.*); D. 35, 2, 30, 7 (8 *fideic.*); D. 35, 2, 90 (Flor. 11 *inst.*); D. 35, 2, 91 (Marc. 13 *inst.*); D. 35, 2, 93 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 60 (58), 3 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 65 (63), 5 (Gai. 2 *fideic.*); D. 36, 1, 83 (81) (Paul. 1 *imp. sent. in cognit. prolat. seu 2 decr.*).

([41]) In particolare, D. 35, 2, 11 *pr.* (Pap. 29 *quaest.*): *In ratione legis Falcidiae retentiones omnis temporis heredi in quartam imputantur*; D. 35, 2, 91 (Marc. 13 *inst.*): *... sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur ... sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit ...* . Inoltre, per quel che riguarda l'imputabilità della *accepta pecunia*, che peraltro non poteva dirsi propriamente ricevuta *iure hereditario*: D. 35, 2, 93 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 60 (58), 3 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 65 (63), 5 (Gai. 2 *fideic.*); Inst. 2, 23, 9. Sul punto, oltre a P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II[2], cit., 764 s., cfr. anche V. Mannino, *Il calcolo della "quarta hereditatis" e la volontà del testatore*, Napoli 1989, 33 ss.

([42]) Alla luce di C. 6, 49, 6 (a. 489), emerge pure che il testatore — sempre per garantire la totale restituzione del patrimonio — imponeva di integrare la quarta Pegasiana attraverso i frutti. Era inoltre possibile che giungesse a proibire la ritenzione della quarta tout court; e, per lo meno in età giustinianea, tale volontà doveva essere osservata: Nov. Iust. 1, 2, 2 (a. 535).

fondo: *eundemque Pollidium fundum retinere iussisset*. Come sottolinea la stessa utilizzazione della voce *iubere*, la ritenzione del fondo era stata 'ordinata': non già per attribuire a Pollidio un ulteriore emolumento ma perché egli, ricevendo questo bene, restituisse intatto tutto il resto, senza dedurre la quarta.

Un'altra decisione di particolare significato è contenuta in un passo di Giavoleno ([43]):

> D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*): Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo Seio Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret. Seius Oceanus antequam impleret annos, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se avunculum Seii Oceani dicit, proximitatis nomine haec bona petit, Maximus autem trierachus sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere iussus erat. quaero ergo, utrum haec bona ad Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium pertineant an ad Mallium Senecam, qui se pueri defuncti avunculum esse dicit. respondi: si Seius Oceanus, cui fideicommissa hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos sedecim haberet, a Valerio Maximo fiduciario herede restitui debeat, priusquam praefinitum tempus aetatis impleret, decessit, fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.

Seio Saturnino, *archigubernus ex classe Britannica*, aveva istituito erede il trierarca Valerio Massimo, con l'onere fedecommissario di restituire l'eredità al proprio figlio, Seio Oceano, una volta che fosse pervenuto ai sedici anni di età. Il giovane, tuttavia, era premorto; e si era posto il conflitto tra l'erede fiduciario, che rifiutava di restituire i beni, e lo zio materno del defunto, che li rivendicava *proximitatis nomine*. Secondo il responso di Giavoleno, i beni spettavano allo zio. E ciò perché il *dies fideicommissi cedens* si intendeva già perfezionato, quando Seio Oceano viveva ancora.

Ebbene, la clausola *'cum ad annos sedecim pervenisset'*, contemplando un accadimento meramente eventuale, veniva di regola intesa come *dies incertus* ([44]), equivalente ad una condizione. E, assumendo questo punto di vista, il

---

([43]) In argomento, in particolare: V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari 1993, 195 ss.; F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 116 ss.

([44]) Per meglio dire, pur essendovi certezza riguardo al *quando*, ossia alla data del compleanno, del tutto incerto appariva l'*an*, ovverosia il fatto che il giovane

fedecommissario premorto — *ante diem cedentem* — nulla avrebbe acquistato e potuto trasmettere ai suoi successori ([45]). Giavoleno però, nel caso in discorso, ha inteso tale clausola come termine in senso proprio, diretto a prorogare solamente il tempo della prestazione nell'esclusivo interesse del fedecommissario, per consentire all'erede fiduciario di esplicare le sue funzioni tutelari: *scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur*.

Sottostante, si scorge pur sempre l'idea che l'erede fiduciario, proprio perché semplice custode-amministratore del patrimonio, non potesse ricavare alcun vantaggio: neppure trattenendo il lascito in caso di premorienza del fedecommissario ([46]).

5. – Il fedecommesso, in parallelo, fu però utilizzato in una ulteriore direzione: non già allo scopo di onorare un soggetto, per il tramite di una persona interposta, bensì allo scopo di onorare due o più soggetti consecutivi: uno dopo l'altro o, per meglio dire, l'uno dopo la morte dell'altro ([47]).

---

pervenisse davvero alla suddetta età. Si trattava, dunque, di un *dies incertus an, certus quando*, che assumeva di regola valore condizionale.

([45]) Nel caso del fedecommesso sottoposto a condizione sospensiva, infatti, il *dies cedens* non poteva prodursi anteriormente al verificarsi della condizione: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., 371.

([46]) Una simile concezione si riflette anche in un passo di Marcello, concernente un fedecommesso particolare disposto a carico di un legatario. D. 31, 17 *pr*. (Marcell. 10 *dig*.): *Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, <nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit>*. Quando il fedecommesso non si potesse adempiere, per via della morte del fedecommissario, il lascito era acquisito di regola dal legatario onerato (e non dall'erede): a meno che, si legge in chiusura, costui non fosse stato eletto quale *nudus minister*. In tal caso, evidentemente, il legatario onerato – proprio perché concepito come semplice strumento di trasmissione - nulla avrebbe potuto trattenere. Queste parole, invero sospettate di interpolazione, suggeriscono la possibilità – quanto meno in epoca giustinianea – di utilizzare il fedecommesso a scopo fiduciario anche in situazioni ulteriori a quelle contemplate nel testo. Sempre di Marcello, cfr. inoltre D. 24, 1, 49 (Marcell. 7 *dig*.), ove però la trasmissione di un bene, mediante un *nudus minister*, appare raggiunta per via contrattuale. F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 120 ss.

([47]) L'intento poteva essere quello di provvedere anzitutto a uno o più soggetti (come la moglie, o i liberti), per devolvere infine gli stessi beni — *post mortem eorum* — a soggetti ulteriori (per esempio ai propri figli). Soprattutto, il fine perseguito dal disponente era quello di garantire la conservazione del patrimonio familiare: difatti, pregando un figlio, o un nipote, di restituire, alla morte, ai suoi stessi figli, ne garantiva la trasmissione alla propria discendenza. Sulla funzione assolta da tali fedecommessi, in particolare: J. DECLAREUIL, *Quelques notes*, cit., 135 ss. e 144 ss.; P. LEMERCIER, *Quelques remarques*, cit., 630 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa 1997, 201 ss.; L. DESANTI,

Risultato oltretutto irraggiungibile, tramite la istituzione di erede, a causa del principio *semel heres semper heres* ([48]).

Vengono in considerazione, in questo ambito, due tipologie fondamentali.

In primo luogo, si tratta dei fedecommessi lasciati al termine della morte dell'onerato ([49]). Il *de cuius* pregava il proprio erede (ma anche un legatario, o un fedecommissario) di restituire l'eredità (o singoli beni) al momento della morte (*cum heres morietur*) ([50]) o anche dopo la morte (*post mortem heredis*) ([51]). La prima clausola si considerava scadere, propriamente, nell'istante antecedente al decesso; la seconda nell'istante immediatamente successivo. Ma il fedecommesso sarebbe stato adempiuto, in ogni caso, dopo la morte dell'onerato, e a cura del suo successore. Si veda:

> Gai. 2, 277: Item quamvis non <possimus> post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut cum morietur alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat. Et quia post mortem quoque heredis fideicommissum

---

La sostituzione fedecommissaria. Per un corso di Esegesi delle fonti del diritto romano, Torino 1999, 35 ss.; EAD., *Restitutionis post mortem onus*, cit., 1 ss.

([48]) La circostanza è sottolineata, infatti, nelle Istituzioni di Gaio: Gai. 2, 277. Il principio *semel heres semper heres*, precludendo la possibilità di designare eredi temporanei, impediva di apporre un termine (iniziale o finale) o una condizione risolutiva alla istituzione di erede. A ciò si derogava, però, nel testamento militare.

([49]) Per tutti, L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., 1 ss.

([50]) D. 31, 67 *pr.* e 7 (Pap. 19 *quaest.*); D. 31, 76, 5 (Pap. 7 *resp.*); D. 31, 77, 3-4-10-12-15 (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 79 (Pap. 11 *resp.*); D. 31, 87, 2 (Paul. 14 *resp.*); D. 32, 11, 10-11 (Ulp. 2 *fideic.*); D. 32, 37 *pr.* (Scaev. 18 *dig.*); D. 32, 83 *pr.* (Mod. 10 *resp.*); D. 33, 4, 2, 1 (Ulp. 5 *disp.*); D. 34, 2, 15 (Scaev. 15 *dig.*); D. 34, 4, 30 *pr.* (Scaev. 20 *dig.*); D. 34, 5, 7 (8), 1 (Gai. 1 *fideic.*); D. 35, 1, 77, 3 (Pap. 7 *resp.*); D. 35, 2, 15, 4 (Pap. 13 *resp.*); D. 35, 2, 95 *pr.* (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 1, 28 (27), 16 (Iul. 40 *dig.*); D. 36, 1, 59 (57), 2 (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 60 (58), 7 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 80 (78), 9 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 3, 18 *pr.* (Scaev. 29 *dig.*); D. 37, 6, 1, 19 (Ulp. 40 *ad ed.*); D. 40, 5, 24, 20 (Ulp. 5 *fideic.*); D. 49, 14, 48, 1 (Paul. 2 *decr.*); Gai *epit.* 2, 7, 8; C. 3, 28, 36 1c (a. 531); C. 6, 54, 4 *pr.* (a. 215); C. 8, 37, 11 (a. 528); Inst. 2, 20, 35. Per il particolare caso del fedecommesso di libertà sottoposto al termine *'cum moreretur'*, si veda D. 40, 5, 26 *pr.* (Ulp. 5 *fideic.*).

([51]) D. 22, 1, 3, 2 (Pap. 20 *quaest.*); D. 22, 1, 14, 1 (Paul. 14 *resp.*); D. 30, 11 (Pap. 9 *quaest.*); D. 30, 58 (Pap. 9 *resp.*); D. 30, 114, 3 e 7 (Marc. 8 *inst.*); D. 31, 34, 7 (Mod. 10 *resp.*); D. 31, 70, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 31, 77, 18 (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 77, 31 (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 88, 12 (Scaev. 3 *resp.*); D. 32, 39 *pr.* (Scaev. 20 *dig.*); D. 32, 41, 12 (Scaev. 22 *dig.*); D. 32, 83, 1 (Mod. 10 *resp.*); D. 33, 2, 34 *pr.* (Scaev. 18 *dig.*); D. 34, 4, 30 *pr.* (Scaev. 20 *dig.*); D. 35, 1, 72, 2-3 (Pap. 18 *quaest.*); D. 35, 2, 18 *pr.* (Paul. 11 *quaest.*); D. 35, 2, 87, 2 (Iul. 61 *dig.*); D. 35, 2, 93 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 57 (55), 4 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 59 (57) *pr.* (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 60 (58), 4-6-7-8 (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 80 (78), 7-14-16 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 1, 82 (80) (Scaev. 5 *dig.*); D. 49, 14, 48, 1 (Paul. 2 *decr.*); Gai *epit.* 2, 7, 8; C. 3, 28, 12 (a. 229); C. 6, 42, 12 (a. 244); C. 6, 42, 16 (a. 283); C. 6, 42, 30 (a. 529); C. 8, 37, 11 (a. 528).

> dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus 'cum Titius heres meus mortuus erit, volo hereditatem meam ad P. Mevium pertinere'. Utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo.

Si deve inoltre tenere presente che simili fedecommessi, sebbene sottoposti al 'termine' della morte, finivano per assumere, nella concezione dei giuristi romani, natura condizionale: perché la disposizione divenisse efficace, e obbligasse alla restituzione, non bastava infatti che l'onerato fosse morto, ma si esigeva che il fedecommissario fosse sopravvissuto a quel momento ([52]).

Ai fedecommessi lasciati al 'termine' della morte dell'onerato, che tuttavia, come si è detto, finivano per conseguire efficacia condizionale, si affiancavano altri fedecommessi, sottoposti a vere e proprie condizioni sospensive: sempre implicanti, evidentemente, il decesso ([53]). L'erede (oppure un legatario o un fedecommissario), per esempio, era pregato di restituire se fosse deceduto entro una certa età: prima di avere raggiunto la pubertà, e con essa la piena capacità di agire ([54]), ma anche un'età più matura, e in particolare i venticinque anni, che segnavano l'uscita dalla cura dei minori ([55]). Oppure, era pregato di restituire se fosse morto senza discendenti, o senza avere fatto

---

([52]) Il principio — espressamente enunciato riguardo al legato disposto *cum heres morietur*: D. 35, 1, 79, 1 (Pap. 1 *def.*); D. 36, 2, 4 (Ulp. 19 *ad Sab.*) — appare esteso anche al fedecommesso: D. 31, 77, 4 e 15 (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 59 (57) *pr.* (Pap. 8 *resp.*). Sull'affermarsi di questo orientamento: L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., 13 ss., con letteratura ivi riportata.

([53]) In argomento, ancora una volta: L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit, 55 ss.

([54]) D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*); D. 35, 2, 95, 1 (Scaev. 21 *dig.*). Gli impuberi, come è noto, non potevano fare testamento: il *de cuius*, pregando il proprio erede (legatario, fedecommissario), se deceduto in tale stato, di restituire ad altri i beni ricevuti, intendeva impedirne la devoluzione secondo la successione legittima. Come è facile osservare, si trattava di uno scopo del tutto analogo a quello sottostante la sostituzione pupillare: non a caso, si ricorreva a simili fedecommessi proprio là dove tale sostituzione rimanesse esclusa.

([55]) C. 3, 28, 12 (a. 229). Assumevano un analogo significato anche le clausole concernenti il decesso 'prima che il giovane fosse giunto ad amministrarsi da sé' — D. 35, 1, 113 (Paul. 2 *imp. sent. in cogn. prol.*) — ovvero che rinviavano al raggiungimento della *legitima aetas* o della *perfecta aetas*: C. 2, 44 (45), 4 (a. 530). Non mancano peraltro esempi di condizioni relative alla morte prima dei vent'anni - D. 36, 1, 80 (78), 5 (Scaev. 21 *dig.*) — o prima dei trenta: D. 35, 1, 102 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 80 (78), 4 (Scaev. 21 *dig.*). In effetti anche il giovane uomo, sebbene pubere e capace di testare, poteva non apparire sufficientemente maturo per provvedere ai propri affari, nonché per disporre delle proprie sostanze. Di qui l'esigenza del *de cuius* di designare egli stesso un ulteriore successore — rispetto ai beni lasciati — per l'eventualità di una precoce scomparsa.

testamento, o senza essersi sposato (56): *'si sine liberis decesserit'* (57), *'si intestatus decesserit'* (58), *'si sine nuptiis decesserit'* (59).

Facciamo notare che anche questi fedecommessi — sempre che la condizione si verificasse — erano destinati a divenire efficaci dopo la morte dell'onerato medesimo e ad essere adempiuti dal suo successore (60). Inoltre, stante lo spostamento del *dies cedens*, era sempre necessaria la sopravvivenza del fedecommissario (61).

Per completare il quadro, è opportuno ricordare l'emersione — nel più generale ambito dei fedecommessi in discorso — di due figure particolari, connotate da una disciplina specifica e da una propria denominazione: il

---

(56) Il risultato che il disponente si proponeva doveva essere, fondamentalmente, duplice: da una parte, salvaguardare i discendenti dell'onerato, l'eventuale erede testamentario, il coniuge e i figli nati da giuste nozze; dall'altra, in mancanza di dette persone, definire egli stesso la successiva devoluzione delle proprie sostanze; e, di solito, per riservarle a figli e nipoti, evitandone la dispersione a favore di più lontani parenti, o addirittura di estranei. Sullo sfondo, in parallelo, appare percepibile un diverso intento. Difatti, pregare taluno di restituire i beni ricevuti se deceduto senza discendenti, o senza aver contratto matrimonio, rappresentava un efficace strumento di pressione per indurlo a procreare, o a sposarsi, pena la perdita del lascito. O, quanto meno, una sorta di indiretta sanzione per colui che non vi avesse provveduto. Tale profilo, che riconduceva simili clausole alle *condiciones nuptiarum vel procreandorum liberorum*, sollevando un possibile conflitto, in età cristiana, con l'obbligo della castità imposto ai religiosi, riceverà particolare risalto nella legislazione giustinianea: C. 1, 3, 52 (53), 13 (a. 531); Nov. Iust. 123, 37 (a. 546).

(57) D. 4, 4, 16, 2 (Ulp. 11 *ad ed.)*; D. 25, 4, 4 (Scaev. 20 *dig.*); D. 26, 6, 4, 3 (Tryph. 13 *disp.*); D. 28, 5, 86 (85) (Scaev. 2 *resp.*); D. 30, 114, 13 (Marc. 8 *inst.*); D. 30, 123 *pr.* (Marcell. *l. sing. resp.*); D. 31, 77, 13 (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 88, 12 (Scaev. 3 *resp.*); D. 32, 27, 1 (Paul. 2 *decr.*); D. 35, 1, 76 (Pap. 6 *resp.*); D. 35, 1, 101, 1 (Paul. 8 *resp.*); D. 35, 1, 102 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 3, 4 (Ulp. 3 *fideic.*); D. 36, 1, 18 (17), 4-8 (Ulp. 2 *fideic.*); D. 36, 1, 23 (22), 4 (Ulp. 5 *disp.*); D. 36, 1, 26 (25) 2 (Iul. 39 *dig.*); D. 36, 1, 33 (32) (Cels. 20 *dig.*); D. 36, 1, 34 (33) (Marc. 8 *inst.*); D. 36, 1, 59 (57), 1 (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 64 (62) *pr.*-1 (Scaev. 4 *resp.*); D. 36, 1, 79 (77) *pr.*-1 (Scaev. 20 *dig.*); D. 36, 1, 83 (81) (Paul. 1 *imp. sent. in cogn. prol. seu 2 decr.*); D. 48, 10, 15, 6 (Call. 1 *quaest.*); P. S. 4, 1, 13; C. 2, 3, 1 (a. 200); C. 2, 4, 11 (a. 255); C. 6, 25, 7 (6) (a. 530); C. 6, 42, 21 (a. 293); C. 6, 42, 30 (a. 529); C. 6, 46, 1 (a. 197); C. 6, 49, 6 (a. 489); C. 6, 50, 8 (a. 233); C. 6, 50, 10 (a. 241); Nov. Iust. 108 *praef.* 1 (a. 541); Nov. Iust. 159 *praef.* (a. 555). Su questa condizione, e sui problemi interpretativi da essa sollevati: L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus*, cit., 62 ss.

(58) D. 26, 6, 3, 4 (Tryph. 13 *disp.*); C. 6, 25, 7 (6) (a. 530).

(59) C. 6, 25, 7 (6) (a. 530); Nov. Iust. 123, 37 (a. 546).

(60) Ciò è detto in modo particolarmente esplicito nell'esordio di un responso di Papiniano, che ci accingiamo ad esaminare per esteso: D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*).

(61) Infatti la condizione sospensiva, come si è detto, determinava uno spostamento del *dies cedens*, con impossibilità, per il fedecommissario premorto, di trasmettere il lascito ai successori. Lo stesso valeva, come si ricorderà, per i fedecommessi lasciati al termine della morte dell'onerato.

fedecommesso *de residuo* (62) e il fedecommesso di famiglia (63) . Soprattutto quest'ultima figura, volta alla conservazione di taluni beni immobili nella cerchia familiare e nel *nomen* del disponente (64), desterà particolare attenzione anche nei secoli a venire.

---

(62) Per lo meno secondo la consueta configurazione, si trattava di un fedecommesso gravante sull'erede, e destinato ad avere effetto dopo la sua morte, mediante il quale lo si pregava di restituire ad altri non già l'intera eredità, o una quota di essa, bensì ciò che fosse rimasto del patrimonio ereditario, *quod ex hereditate superfuisset*: D. 5, 3, 25, 16 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 22, 1, 3, 2 (Pap. 20 *quaest.*); D. 31, 70, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 56 (54) (Pap. 19 *quaest.*); D. 36, 1, 60 (58), 7-8 (Pap. 9 *resp.*); D. 36, 1, 82 (80) (Scaev. 5 *dig.*); Nov. Iust. 108 (a. 541). In argomento, in particolare: F. CLEMENTE DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod supererit en Derecho romano. Discurso leído en la solemne inauguracíon del curso académico de 1926 a 1927*, Madrid 1926; G. COPPOLA, *Osservazione sul regime dei frutti nel fedecommesso de residuo*, in *Studi per L. Campagna*, 1, Milano 1982, 187 ss.; A. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid 1989; F. CUENA BOY, *Notas sobre el fideicomiso de residuo: clases y obligación de conservar del fiduciario*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7 (1995), 41 ss.; L. DESANTI, *Di nuovo sul regime dei frutti nel fedecommesso de residuo e sul presunto contrasto tra D. 22.1.3.2 (Pap. 20 quaest.) e D. 36.1.60(58).7 (Pap. 9 resp.)*, in *SDHI*, 65 (1999), 67 ss.; EAD., *Restitutionis post mortem onus*, cit., 141 ss.; F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander 2004.

(63) D. 30, 114, 14-18 (Marc. 8 *inst.*); D. 31, 32, 6 (Mod. 9 *reg.*); D. 31, 67*pr.*-6 (Pap. 19 *quaest.*); D. 31, 69, 1-4 (Pap. 19 *quaest.*); D. 31, 77, 11; 13; 15; 27; 28 (Pap. 8 *resp.*); D. 31, 78, 3 (Pap. 9 *resp.*); D. 31, 88, 6, 15 (Scaev. 8 *resp.*); D. 32, 38 *pr.*-5 (Scaev. 19 *dig.*); D. 32, 83, 1 (Mod. 10 *reg.*); D. 32, 94 (Val. 2 *fideic.*); D. 33, 1, 18 *pr.* (Scaev. 14 *dig.*); D. 35, 1, 108 (Scaev. 19 *dig.*); D. 35, 2, 54 (Marcell. 15 *dig.*); D. 36, 1, 80 (78), 13 (Scaev. 21 *dig.*); C. 6, 42, 4 (a. 223); C. 6, 48, 1, 9 (a. 528-529); C. 6, 38, 5 (a. 532); Nov. Iust. 159 (a. 555). Su questo tema, in particolare: C. W. E. HEIMBACH, *Ueber Justinians Constitution de incertis personis, L. un. C. VI.48. und deren Verhältniß zum ältern und neuern Justinianischen Rechte*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, N. F., 5 (1848), special. 42 ss.; W. LEWIS, *Das Recht des Familienfideikommisses*, Berlin 1868, rist. Aalen 1969; J. DECLAREUIL, *Quelque notes*, cit., 148 ss.; J. A. C. THOMAS, *Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*, in *RIDA*, 5 (1958), 571 ss.; L. BOYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHD*, 43 (1965), 348 ss.; A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo 1975; A. SÖLLNER, *Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses*, in AA.VV., *Festschrift für M. Kaser*, München 1976, 657 ss.; M. KASER, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*, in AA.VV., *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für J. Sontis*, München 1977, 23 ss.; D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, in *ZSS*, 115 (1985), 220 ss.; ID., *Trusts and Tombs*, in *ZPE*, 72 (1988), 81 ss.; ID., *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1988, 76 ss.; L. DESANTI, *Nov. Iust. 159 e il limite alla perpetuità del fedecommesso di famiglia*, in *SDHI*, 68 (2002), 459 ss.; EAD., *Restitutionis post mortem onus*, cit., 201 ss.

(64) A differenza delle analoghe figure impostesi nell'età successiva, il fedecommesso di famiglia romano aveva ad oggetto specificamente case o terreni, di particolare valore affettivo o simbolico. Il *de cuius*, riservandoli alla propria cerchia familiare — formata dai congiunti, ma eventualmente anche dai liberti — si

Orbene, i fedecommessi che imponevano di restituire dopo la morte davano luogo ad un fenomeno di sostituzione. Deceduto infatti l'onerato, che per primo aveva ricevuto i beni del *de cuius*, un ulteriore soggetto — il fedecommissario — sarebbe subentrato al posto suo, *in locum eius*. Ed è anzi plausibile che la concezione di una vera e propria sostituzione 'fedecommissaria', che si affiancava alle sostituzioni 'dirette', non sia un portato dell'epoca tarda o dell'età di mezzo ([65]), ma abbia avuto origine nella riflessione degli stessi giuristi classici ([66]).

Decisive appaiono, in questa luce, le testimonianze di Papiniano, e in particolare il seguente brano, dal libro 6 *responsorum* ([67]):

> D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*): Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum patris hereditatem ut ab impubere fideicommisso post mortem eius dato restituere placuit, nec aliud servandum, cum substitutionis condicio puberem aetatem verbis precariis egreditur. quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit: alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. nec fideicommisso propriae facultates filii tenebuntur, et ideo, si pater filium exheredaverit et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit: alioquin, si legata vel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis a filio datum citra Falcidiae rationem debebitur.

---

prefiggeva principalmente il fine di perpetuare la memoria della famiglia e la sopravvivenza del relativo *nomen*.

([65]) In questa direzione, in particolare: B. Biondi, *Successione testamentaria*, cit., 478 s.; A. Padovani, *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano 1983, 8 ss.; G. Negri, *s.v. Sostituzione. 1. Sostituzione ordinaria (dir. rom.)*, in *ED*, XLIII, Milano 1990, 126 e 135 s.; F. Longchamps de Bérier, *Il fedecommesso universale*, cit., 222.

([66]) In questo senso: L. Desanti, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 89 ss. e *Restitutionis post mortem onus*, cit., 361 ss.

([67]) Il passo è riportato, all'interno del Digesto, sotto il titolo *de vulgari e pupillari substitutione*, costituendo una sorta di 'testo unico' in materia di sostituzione pupillare. Va notato che ulteriori testimonianze, non soltanto di Papiniano, contengono riferimenti più o meno espliciti al progressivo riconoscimento, in epoca classica, di una *substitutio precaria*: Gai. 1, 184; D. 36, 1, 64 (62), 1 (Scaev. 4 *resp.*); D. 36, 1, 78 (76) (Scaev. 19 *dig.*); D. 28, 6, 7 e 15 (Pap. 6 *resp.*); D. 31, 77, 13 (Pap. 8 *resp.*); D. 36, 1, 59 (57), 1 (Pap. 8 *resp.*); D. 34, 5, 18 (19) *pr.* (Marc. 3 *reg.*); D. 29, 7, 6 *pr.* (Marc. 7 *inst.*); D. 31, 87, 2 (Paul. 14 *resp.*); D. 1, 7, 22, 1 (Ulp. 26 *ad Sab.*); D. 32, 83, 1 (Mod. 10 *resp.*); C. 6, 42, 5 (a. 224); C. 6, 42, 12 (a. 255); C. 2, 3, 16 (a. 286); C. 6, 26, 5 (a. 290); C. 6, 26, 7 (a. 293); C. 3, 28, 6 (a. 304).

Il giurista, occupandosi delle sostituzioni ([68]), aveva in precedenza sottolineato che la sostituzione pupillare, disposta *civilibus verbis*, non poteva protrarsi *ultra pubertatem* ([69]), e che invece la sostituzione nel testamento militare poteva valere oltre *ex privilegio militum* ([70]). Seguiva il caso della preghiera — rivolta al figlio istituito erede — di restituire ad altri l'eredità se fosse morto impubere. Tale preghiera, riferisce Papiniano, gravava sull'impubere medesimo, *post mortem eius,* e obbligava alla restituzione il suo erede *ab intestato*. Né si sarebbe seguito un diverso principio allorché la condizione della sostituzione, disposta con parole di preghiera, oltrepassasse il tempo della pubertà: ... *nec aliud servandum, cum substitutionis condicio puberem aetatem verbis precariis egreditur*.

Ebbene, queste ultime parole mettono subito in evidenza che il fedecommesso in discorso, nella prospettiva papinianea, era parallelamente inteso come disposizione attuante una *substitutio verbis precariis*, la cui disciplina veniva messa a confronto con quella delle sostituzioni dirette poco prima menzionate, e in particolare della sostituzione pupillare ([71]). Così, la *substitutionis condicio verbis precariis* ([72]) poteva oltrepassare il tempo della pubertà; e la disposizione, sicuramente utile, avrebbe per di più conservato — in ogni caso — il medesimo valore. In

---

([68]) In particolare, alla luce della ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis.*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), 906 ss., risulta significativa la sequenza che segue: n. 554 = D. 28, 6, 7: sostituzione disposta con *verba civilia, ultra pubertatem*; n. 555 = D. 28, 6, 15: sostituzione disposta dal soldato, con efficacia diretta, *ultra pubertatem*; n. 556 = D. 35, 1, 76: fedecommesso gravante sui figli per il caso che fossero morti senza prole; n. 557 = D. 28, 6, 23: sostituzione reciproca (volgare o pupillare); n. 558 = D. 28, 6, 41 *pr.*- 1: sostituzione reciproca (volgare o pupillare); 2: sostituzione pupillare; 3: fedecommesso gravante sul figlio per il caso che fosse morto impubere, ovvero *ultra pubertatem*; 4-5: sostituzione reciproca (volgare o pupillare); 6-8: sostituzione pupillare.

([69]) D. 28, 6, 7 (Pap. 6 *resp.*).

([70]) D. 28, 6, 15 (Pap. 6 *resp.*).

([71]) Diversamente G. NEGRI, *s. v. Sostituzione*, cit., 135 s., che scorge nel passo l'esclusivo riferimento alla disciplina del fedecommesso e tende a ridimensionare il valore dell'espressione *substitutionis condicio*, a suo parere non utilizzata in senso tecnico. A noi sembra invece che la collocazione del frammento in un contesto dedicato alle sostituzioni, e la sua connessione con le tematiche affrontate in D. 28, 6, 7 e D. 28, 6, 15, rendano plausibile la differente interpretazione proposta nel testo.

([72]) La locuzione *substitutionis condicio*, è bene sottolinearlo, era dotata di un preciso significato tecnico-giuridico, giacché indicava la condizione alla quale risultavano subordinate, rispettivamente, la sostituzione volgare e la sostituzione pupillare: *'si heres non erit'*, ovvero *'si intra pubertatem decesserit'*. Tale locuzione, oltretutto, è stata utilizzata dallo stesso Papiniano, a proposito della sostituzione volgare, proprio in D. 28, 6, 41 *pr.*, nonché in D. 28, 6, 23 (Pap. 6 *resp.*). La locuzione ricorre invece a proposito di una sostituzione pupillare, per esempio, in D. 28, 6, 18, 1 (Ulp. 16 *ad Sab.*) e in D. 28, 6, 31, 1 (Iul. *l. sing. de amb.*).

ciò differenziandosi dalla sostituzione pupillare, che aveva efficacia *usque ad pubertatem*, come pure dalla sostituzione per privilegio dei soldati, che valeva bensì *ultra pubertatem*, ma assumendo una diversa natura ([73]).

Ancora, si afferma la necessità che il testamento paterno risultasse giuridicamente valido, ovvero convertibile in codicillo *ab intestato*, ma solo in forza di una clausola codicillare espressa ([74]): ... *quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit: alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est*. La *substitutio verbis precariis*, parrebbe suggerire Papiniano, similmente alla sostituzione pupillare, presupponeva di regola la validità del *testamentum patris* nel quale fosse contenuta ([75]); tuttavia, potendo figurare nei codicilli *ab*

([73]) Secondo quanto si apprende da D. 28, 6, 15 (Pap. 6 *resp.*), la sostituzione disposta nel testamento militare oltre la pubertà del figlio (se fosse morto prima dei venticinque anni) poteva valere come sostituzione pupillare quando il figlio stesso fosse deceduto impubere; altrimenti, quando fosse morto pubere, come sostituzione *ex privilegio militum*, che seguiva una differente disciplina: il sostituto infatti non sarebbe succeduto al giovane in qualità di erede testamentario, rispetto al suo intero patrimonio, ma avrebbe ricevuto i soli *bona testatoris*.

([74]) Sulla clausola codicillare: C. F. Mühlenbruch, in F. Glück, *Commentario alle Pandette*, XXVIII. 3, trad. ital., Milano 1903, 83; E. Fein, in F. Glück, *Commentario alle Pandette*, XXIX. 2, trad. ital., Milano 1909, 434 ss.; M. Scarlata Fazio, *La successione codicillare*, Milano 1939, 185 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II^2, cit., 584 ss.; V. Giuffrè, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante "conversione" in diritto romano*, Napoli 1965, 99 ss.; G. Negri, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano 1975.

([75]) Affinché il *pater* potesse ordinare la sostituzione pupillare era anzitutto necessario che avesse fatto testamento, provvedendo ad istituire un erede per sé: D. 28, 6, 1, 3 (Mod. 2 *pandect.*); D. 28, 6, 2, 1 (Ulp. 6 *ad Sab.*). L'istituzione dell'erede paterno doveva inoltre precedere la sostituzione disposta nel medesimo atto: D. 28, 6, 2, 4-7 (Ulp. 6 *ad Sab.*). Altrimenti, trattandosi di atti distinti, il *testamentum patris* doveva risultare anteriore: D. 28, 6, 16, 1 (Pomp. 3 *ad Sab.*). Coerentemente, l'inefficacia o la invalidazione di tale testamento travolgeva anche il testamento pupillare, e la sostituzione ivi contenuta: D. 28, 6, 2 *pr.*-1 (Ulp. 6 *ad Sab.*); D. 28, 6, 10, 4 (Ulp. 4 *ad Sab.*); D. 28, 6, 16, 1 (Pomp. 3 *ad Sab.*); D. 29, 1, 41, 5 (Tryph. 18 *disp.*). La sostituzione militare, viceversa, poteva sussistere autonomamente. Il soldato, infatti, per privilegio proprio, poteva fare testamento per il figlio, senza averlo fatto per sé: D. 28, 6, 2, 1 (Ulp. 6 *ad Sab.*); D. 29, 1, 15, 5 (Ulp. 45 *ad ed.*). Di conseguenza, quand'anche avesse fatto testamento, ma l'erede non avesse adìto, la sostituzione poteva ugualmente valere: D. 29, 1, 41, 5 (Tryph. 18 *disp.*).

Quanto alla *substitutio verbis precariis*, essa presupponeva di regola la validità del testamento paterno, se contenuta nel testamento, semplicemente perché l'invalidità dell'atto avrebbe travolto ogni disposizione in esso stabilita; ivi compreso il fedecommesso che originava la sostituzione. Si deve peraltro osservare che tale sostituzione avrebbe potuto essere ordinata anche dal padre deceduto *intestatus*, all'interno dei codicilli, come pure da altri soggetti. E in simili ipotesi, evidentemente, il rapporto con il testamento paterno non si sarebbe posto.

intestato, prevedeva il rimedio, ancorché circoscritto, della clausola codicillare espressa ([76]).

E il raffronto si evidenzia ulteriormente nel periodo conclusivo: ... *nec fideicommisso propriae facultates filii tenebuntur, et ideo, si pater filium exheredaverit et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit: alioquin, si legata vel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum fideicommissum hereditatis a filio datum citra Falcidiae rationem debebitur*. Non si intendevano obbligati, per fedecommesso, i beni personali del figlio, bensì i soli beni paterni. Perciò, se il figlio fosse stato diseredato, senza null'altro conseguire dal padre, la disposizione sarebbe risultata inutile; se invece egli avesse ricevuto altri lasciti, avrebbe potuto valere entro i limiti del relativo ammontare ([77]).

Anche in questo caso è evidente la contrapposizione con la sostituzione pupillare: la quale, come è noto, coinvolgeva essenzialmente i beni del figlio (solo mediatamente quelli del *pater*); e, proprio per questa ragione, poteva disporsi anche nei confronti del diseredato ([78]). Mentre traspare una analogia con la sostituzione *ex privilegio militum*, che a sua volta, come si precisa in D. 28, 6, 15, aveva ad oggetto i *bona testatoris*.

Il responso di Papiniano, integrato da ulteriori testimonianze in argomento, consente di delineare la disciplina essenziale della sostituzione fedecommissaria romana, le cui caratteristiche possiamo così riassumere.

— Tale sostituzione, in primo luogo, poteva essere disposta — sia nel testamento, sia nei codicilli ([79]) — nei confronti di qualsiasi soggetto, anche estraneo ([80]), senza limiti di età ([81]).

([76]) Rimedio evidentemente improponibile per la sostituzione pupillare, la quale non soltanto derivava la propria efficacia dal testamento paterno, ma non poteva neppure figurare nei codicilli: D. 29, 7, 6 *pr.* (Marc. 7 *inst.*); D. 36, 1, 78 (76) (Scaev. 19 *dig.*). Quest'ultima testimonianza, invero, suggeriva una *benigna interpretatio*, in forza della quale la sostituzione pupillare contenuta nei codicilli poteva assumere valore di fedecommesso.

([77]) Sospetti sulle parole [*nec fideicommissum-debebitur*] sono avanzati da G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 43. Cfr. pure Id., *Miszellen*, in *ZSS*, 43 (1922), 548: [*quae ita-ideo*]; [*citra-rationem*].

([78]) Gai. 2, 182; D. 28, 6, 1, 2 (Mod. 2 *pand.*); D. 28, 6, 10, 5 (Ulp. 4 *ad Sab.*).

([79]) D. 36, 1, 78 (76) (Scaev. 19 *dig.*). La disposizione poteva altresì valere all'interno di un testamento invalido o inefficace che, grazie alla presenza di una clausola codicillare, potesse convertirsi in codicillo *ab intestato*: D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*); C. 6, 42, 14 (a. 255).

([80]) Gai. 2, 184; C. 6, 42, 14 (a. 255).

([81]) Gai. 2, 184; D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*); C. 6, 42, 5 (a. 224); C. 6, 26, 5 (a. 290); C. 3, 28, 26 (a. 304).

— Il sostituto non era erede, ma un semplice fedecommissario, destinato a conseguire i soli beni provenienti dal *de cuius* ([82]). In tal modo, il principio *semel heres semper heres* poteva dirsi aggirato, ma non violato: poiché l'erede onerato, per l'appunto, sarebbe rimasto erede per sempre.

— Il sostituto fedecommissario, inoltre, non riceveva automaticamente, ma attraverso l'adempimento da parte dell'onerato. Il fedecommesso, infatti, aveva efficacia 'indiretta': obbligava l'onerato a restituire e ne presupponeva la cooperazione. Giustiniano, non a caso, qualificherà la figura in discorso come *substitutio vel restitutio* ([83]): volendo con ciò significare che tale sostituzione, per l'appunto, presupponeva la restituzione.

— Particolare risultava, poi, la situazione dell'erede onerato: il quale, per un verso, era proprietario dei beni fedecommessi; per altro verso, era tenuto a restituirli dopo la morte. Ci si potrebbe perciò domandare se egli, in quanto proprietario, potesse disporre dei beni medesimi, consumandoli, alienandoli, ipotecandoli, o se invece fosse tenuto a conservarli, per poterli restituire, alla stregua di un usufruttuario. Ebbene, anche se talune fonti riflettono una certa confusione, nella pratica, con il regime dell'usufrutto ([84]), c'è da dire che l'obbligo fedecommissario di restituire dopo la morte non impediva all'onerato di disporre dei beni durante la vita, sino a dissiparli: lasciando responsabile, in tal caso, il suo successore ([85]). Il quadro può dirsi solo in parte mutato in età giustinianea: nel diritto ultimo gli atti di disposizione rimanevano consentiti, né risultavano immediatamente inefficaci, ma potevano semmai divenirlo, a posteriori, se e quando la sostituzione avesse avuto luogo ([86]).

([82]) Gai. 2, 184; D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*).

([83]) C. 6, 25, 7 (6) (a. 530); C. 2, 44 (45), 4 (a. 530); C. 6, 43, 3, 2a-3 (a. 531). Per analoghe espressioni in lingua greca: C. 1, 3, 52 (53), 13 (a. 531); Nov. Iust. 123, 37 (a. 546). Tramontata, ormai, la rilevanza dei *verba*, la sostituzione fedecommissaria si distingueva dalle altre sostituzioni per il fatto di possedere efficacia indiretta.

([84]) Per esempio: D. 7, 5, 12 (Marc. 7 *inst.*); D. 34, 2, 15 (Scaev. 15 *dig.*); D. 31, 34, 7 (Mod. 10 *resp.*).

([85]) Alla morte dell'onerato, infatti, l'obbligo di restituire il lascito spettava al successore; e costui risultava responsabile quando i beni, dissipati nel frattempo, non fossero più restituibili.

([86]) C. 6, 43, 3, 2a-3 (a. 531). Giustiniano, invero, era giunto a proibire ogni atto di disposizione a chi risultasse gravato di un legato o di un fedecommesso. Il divieto coinvolgeva in assoluto, però, i soli lasciti disposti puramente o sottoposti a termine certo. Viceversa, riguardo ai fedecommessi sottoposti a condizione sospensiva o a termine incerto, compresi i fedecommessi che davano luogo a sostituzione fedecommissaria, ci si limitava a suggerire un più blando consiglio. L'onerato, pur potendo vendere o ipotecare, meglio avrebbe fatto ad astenersene, per evitare le più gravi conseguenze derivanti dall'evizione. Difatti, se la condizione o il termine incerto si fossero verificati, e la sostituzione fedecommissaria avesse prodotto i suoi effetti, gli atti eventualmente compiuti sarebbero stati considerati nulli, fin dall'origine.

6. – Per accennare brevemente alla storia del fedecommesso, dal diritto comune alle moderne codificazioni, si deve porre l'accento sulla diversa evoluzione che coinvolse le due principali applicazioni dell'istituto, su cui ci siamo intrattenuti.

Anzitutto c'è da dire che il fedecommesso da restituirsi subito, che dava luogo alla cosiddetta interposizione di persona, a partire dall'età medievale sarebbe caduto in desuetudine. Particolarmente eloquenti risultano, al riguardo, le parole di Giambattista De Luca, insigne giurista del XVII secolo ([87]): "La prima specie del fedecommesso puro ed espresso oggi pare sia bandita dall'uso, non sapendosi vedere la ragione o il fine, per il quale sia di bisogno di fare questo circolo senza proposito, sicché l'uso odierno di gravare gli eredi istituiti a restituire ad un altro l'eredità anche in vita, e senza condizione né mancamento alcuno, riguarda piuttosto le istituzioni confidenziali, che i giuristi dicono fiduciarie ...".

Il fedecommesso 'puro ed espresso', diretto ad onorare esclusivamente il fedecommissario tramite il soggetto onerato, si considerava dare vita, dunque, ad un inutile 'circolo'. Esso tuttavia, al tempo stesso, si era trasfuso in disposizioni affini, che assolvevano ad analoghi scopi. Lasciando da parte la dichiarazione testamentaria della volontà segreta ([88]) e l'esecuzione testamentaria ([89]), si tratta in particolare della successione fiduciaria, o fiducia testamentaria. Il *de cuius*, in questo caso, istituiva formalmente un erede o un legatario, con l'incarico — più o meno segreto — di restituire il patrimonio ereditario, o il bene legato, ad una o più persone non nominate, ed effettive destinatarie dei suoi averi ([90]).

([87]) J. B. De Luca, *Il dottor volgare*, ed. Firenze 1939, III, lib. 10, c. 9, p. 32.

([88]) Il testatore incaricava il suo successore o un terzo di rivelare una sua volontà occulta, o comunque oscura.

([89]) Il testatore incaricava uno o più soggetti di dare esecuzione a sue disposizioni di ultima volontà o anche all'intero testamento.

([90]) In argomento, in particolare: E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, Napoli 1882, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma 1947, 20 ss.; B. Brugi, *s.v. Fedecommesso (Diritto romano, intermedio, odierno)*, in *DI*, XI, Parte I, Torino 1895, 624 s.; 631; 649 s.; A. Ambrosini, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, I, *Concetto e origine delle fiducie*, Napoli 1915; Id., *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, Roma 1917; F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis*, cit., specialm. 163 ss. Sull'influenza esercitata dalla fiducia testamentaria rispetto alla formazione dei trusts, M. Lupoi, *Origine civilistica dei trusts: una prima indagine*, in *Diritto privato. IV. Del rapporto successorio: aspetti*, Padova 1999, 65 ss. Le finalità potevano essere diverse, antiche (trasmettere beni a soggetti incapaci per ragioni di età) e nuove. Poteva trattarsi, per esempio, di destinare lasciti alle Chiese, senza renderlo noto ai legittimi eredi, oppure di soddisfare, dopo la morte, eventuali obblighi di coscienza per reati commessi e non espiati. Sette e fazioni, inoltre, turbavano le città medievali. E i morenti, spesso, preferivano incaricare una persona di fiducia, più autorevole o meno colpita da inimicizie, di trasmettere poi l'eredità al vero erede, quando le lotte intestine si fossero placate o quando costui, magari mandato in esilio, avesse fatto ritorno.

Va osservato che la fiducia testamentaria finì per assumere un'autonoma fisionomia: in primo luogo per via della sua segretezza, che la accomunava semmai al fedecommesso tacito, o se vogliamo al fedecommesso orale contemplato da Giustiniano. L'imperatore, infatti, aveva consentito che la disposizione potesse essere ordinata non solo oralmente, ma anche in assenza di testimoni, vale a dire in segreto, affidandosi alla coscienza del fiduciario (91). Soprattutto, differente risultava essere la posizione dei soggetti implicati, l'onerato e il destinatario dei beni: il primo degradato a semplice depositario ed amministratore dell'eredità, il secondo assurto a vero erede o legatario (92).

Emerge tuttavia che gli interpreti, elaborando la regolamentazione della nuova figura, si erano richiamati a passi e a soluzioni riguardanti il più antico istituto (93) e, in particolare, a due brani sopra esaminati, concernenti il fedecommesso a tutela di soggetti impuberi, che meglio ne esprimevano la particolare natura di disposizione fiduciaria: D. 22, 1, 3, 3, (Pap. 20 *quaest.*) e D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*) (94).

---

(91) C. 6, 42, 32 (a. 531); Inst. 2, 23, 12. È plausibile che il disponente potesse rivolgersi al fiduciario non solo direttamente, ma anche attraverso una lettera o a mezzo di un *nuncius* (B. BRUGI, *s.v. Fedecommesso*, cit., 609 s.). Per far valere l'esistenza del fedecommesso l'onorato (previo *iusiurandum calumniae*) poteva deferire un giuramento all'erede; se costui giurava che il lascito non era stato disposto, si liberava dall'onere della prestazione; viceversa, se non giurava, era tenuto ad adempiere conformemente a quanto affermava l'avversario (P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., 238). Per l'analogia fra le fiducie testamentarie e il fedecommesso orale e segreto autorizzato dal provvedimento in discorso: E. GIANTURCO, *Delle fiducie*, cit., 22; S. CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, cit., 103 ss.

(92) L'onerato di un fedecommesso, invece, rimaneva pur sempre erede o legatario; mentre l'onorato riceveva i beni in qualità di fedecommissario.

(93) Osserva B. BRUGI, *s.v. Fedecommesso*, cit., 625: "Al tempo dei glossatori le fiducie avevano già una propria e spiccata fisionomia giuridica, ma forse essi non ne ebbero un concetto distinto dal fedecommesso e per loro probabilmente l'erede fiduciario del diritto romano potè prendere anche l'aspetto di un fiduciario nel nuovo senso". Ancor più nettamente in questo senso, A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, cit., 257 s.: "La fiducia per eccellenza è, per la grandissima maggioranza dei giuristi di diritto comune, *una figura del fedecommesso romano*; si identifica colla speciale figura di fedecommesso di cui alle ll. 48 (46) Dig. XXXVI, I e 3, § 3 Dig. XXII, I, ossia colla *fiducia c. d. romana* ... La fiducia per eccellenza è, in altri termini, una speciale figura di fedecommesso romano, imposto non *expresse* ma *tacite*, ossia *uni testi concreditum*, ossia *per relationem* a quanto il testatore disse a colui che nominò vero erede o legatario. ... Gli è perciò che la teoria della fiducia conserva sempre nel diritto comune tutta l'impronta del fedecommesso romano da cui deriva ...".

(94) In questo senso: E. GIANTURCO, *Delle fiducie*, cit., 24 s: "Dall'esame di tutti questi frammenti risulta chiaro, a parer mio, che le fiducie nel senso tecnico della parola furono ignote al diritto romano, sebbene nel medesimo si contenessero molti

In estrema sintesi, potremmo dire che il primo passo aveva offerto la disciplina tipica della fiducia: in particolare, la concezione dell'onerato quale semplice *custos* ([95]), quale erede *institutus gratia alterius* o *nudus minister* ([96]) che nulla poteva trattenere: né i frutti maturati *medio tempore*, e neppure la quarta di riserva ([97]).

Il brano di Giavoleno in D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*), reinterpretato alla luce di D. 22, 1, 3, 3, aveva invece suggerito il 'nome', ossia la denominazione del gravato come *haeres fiduciarius* ([98]). Significativamente, le edizioni a

---

degli elementi, coi quali i glossatori disciplinarono la nuova dottrina". Si veda inoltre F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 163 ss.

([95]) Già ACCURSIO, *gl. Utpote cum iure*, in D. 36, 1, 19 (18), 3, ad senatus consultum Trebellianum, l. In fideicommissaria, § Si legatum (*Accursii Glossa in Digestum Infortiatum*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, a cura di M. Viora, VIII, Torino 1968): "... Vel ibi magis ut custos, quam ut haeres: et ideo caetera omnia restituit cum fructibus etiam non retenta aliqua quarta". Sebbene a commento di un testo ulpianeo, relativo al caso del fedecommesso a carico di un coerede beneficiario di prelegato, il rilievo era fondato sul passo di Papiniano in D. 22, 1, 3, 3, richiamato nel contesto.

([96]) Per tutti, BALDO DEGLI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis 1577, fol. 172, in D. 22, 1, 3, 3: "Pendente dilatione apposita gratia creditoris, fructus percepti debent restitui. h(aec) d(icit) et quotidie allegatur. In tex(tu) ibi complesset, forte cum esset contra tutelam. [n. 1] No(tatur) quod dilatio apposita in favorem honorati non prodest gravato in fructuum retentionem. et apparebat hic, quod in favorem honorati ex causa, et verbis testamenti. Nam causa declarat animum loquentis, ut i(nfra) de haer(edibus) inst(ituendis), l. Pacumevius. [n. 2] Secundo no(tatur) quod iussus aliquid retinere, videtur iussus totum reliquum integraliter restituere. Item no(tatur) de remedio, si mater non vult quod bona sua veniant ad administra(tionem) tutorum filii, sed propinquorum, quae est cautela. iste § dat unam formam, et habes si(mile) i(nfra) de lib(eris) et posthu(mis heredis instituendis vel exheredandis), l. multi non notae et de vulg(ari et pupillari) substi(-tutione), l. cum ex filio. Et vide quod no(tat) Ia(cobus) in l. cum filio, i(nfra) de leg(atis et fideicommissis) primo. In tex(tu) ibi, mater praetulerat. Non credo quod iste Pollidius possit retinere quartam. Nam licet nomen, et ius haeredis habeat, tamen tanquam minister ad opus pietatis videtur ...".

([97]) In realtà, secondo quanto si è osservato sopra, il passo di Papiniano in D. 22, 1, 3, 3 prevedeva espressamente l'impossibilità, per l'erede, di conseguire i frutti, mentre il divieto di trattenere la quarta discendeva verosimilmente dalla volontà della testatrice, che aveva imposto in suo luogo la ritenzione di un fondo. Gli interpreti medievali, invece, hanno inteso l'obbligo di restituire la quarta quale regola generale, collegata alla particolare funzione assegnata all'erede fiduciario.

([98]) Il passo si limitava ad affermare che l'*haeres fiduciarius* non poteva trattenere il lascito, a causa della premorienza del fedecommissario; senza tuttavia precisare quando avrebbe dovuto restituire, né se fosse tenuto a rendere anche i frutti maturati *medio tempore*. La Glossa, interpretandolo sulla scorta di C. 6, 53, 5, aveva ritenuto che il differimento della prestazione fosse stato disposto nell'interesse dell'erede, al quale dunque sarebbe spettato il *commodum*, giungendo a riconoscere a costui il godimento interinale del bene (da prestarsi solo alla scadenza del termine) nonché i

stampa cinque-secentesche del Digesto, proprio a margine di D. 36, 1, 48 (46), riportano una celebre definizione di *haeres fiduciarius*, elaborata da Guillaume Budé: "Fiduciarius haeres dicitur, qui non iustus, et absolutus est haeres, sed velut depositarius hoc est, cuius fidei credita est haereditas alteri restituenda, qui et fideicommissarius dicitur, qua forma dicitur et possessio quaedam fiduciaria, de qua Budaeus, ff. de ori(gine) iu(ris), l. 2, § initium fuisse" ([99]).

È dunque ragionevole concludere che la successione fiduciaria aveva finito per assumere sia la funzione, sia, almeno in parte, la disciplina del fedecommesso, o quanto meno di una sua applicazione. Essa, non a caso, sarà definita *fideicommissum fiduciarium* ([100]).

C'è poi da dire che l'istituto, sia pure prestandosi a soddisfare importanti esigenze pratiche, non aveva mancato di sollevare critiche e riserve. Uno dei più gravi inconvenienti sarebbe consistito nella forma verbale, e nella segretezza, che rendevano assai complesso provarne l'esistenza. Da ciò, a quel che risulta, sarebbero sorte intricatissime liti, talvolta scandalose, giacché gli interessati, pur di conseguire le sostanze del *de cuius*, non esitavano a rendere pubblici i suoi segreti più inconfessabili.

Le fiducie, inoltre, finivano per demandare all'arbitrio di un terzo la designazione dell'erede o del legatario, che invece si sarebbe dovuta desumere, in modo certo, dalle parole del testamento. E non di rado venivano impiegate, in frode alla legge, per onorare soggetti altrimenti incapaci. Risultando del tutto simili, in questo caso, al tacito fedecommesso in frode alla legge sanzionato dal diritto romano.

Queste diverse motivazioni condussero alla loro scomparsa in molte delle principali legislazioni moderne: nel codice civile francese ([101]), nel codice

---

frutti maturati nel frattempo. Questa lettura, seguita anche da Bartolo, è stata invece ribaltata dagli interpreti successivi, sulla scorta di D. 22, 1, 3, 3. Nella nuova prospettiva, il termine *haeres fiduciarius* di cui è parola nel testo è stato assunto a denominare l'erede custode, il *nudus minister*, tenuto a restituire i frutti e la quarta Trebellianica. Su questo complesso svolgimento, per tutti: F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 509 ss.

([99]) *Pandectarum seu Digestorum Iuris Civilis ... Cum Accursii Commentariis, et doctissimorum virorum annotationibus, Infortiatum*, Venetiis 1581, p. 1127, ad h. l. Si veda F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., 169.

([100]) J. B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, X, *De Fideicommissis*, *Primogenituris et Majoratibus*, Venetiis 1716, disc. 182, 183. Inoltre, come osservava A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie nel diritto germanico, canonico e comune*, cit., 258 s., gli interpreti del diritto comune erano soliti chiamare il fiduciario *'heres fiduciarius sive fideicommissarius'*, nonché qualificare le fiducie fraudolente come fedecommessi taciti, nel medesimo significato assunto da tale espressione nelle fonti romane.

([101]) Una ordinanza del 1735, per meglio dire, stabilì la nullità delle disposizioni *mortis causa* espresse solo verbalmente. La norma comportò l'implicita abolizione della fiducia testamentaria, che non fu neppure riammessa nel codice Napoleone.

civile generale austriaco ([102]), nelle legislazioni di taluni stati italiani preunitari ([103]). Il codice Albertino, invece, finì per mutare in parte orientamento; discostandosi sia dall'antica dottrina che voleva valide le fiducie, sia dalla più recente tendenza a considerarle nulle, l'art. 809 si limitò a sancire il divieto di provarne l'esistenza (tranne nel caso in cui non risultassero disposte a scopo fraudolento, a favore di incapaci a ricevere) ([104]); di qui la previsione dell'istituto sia all'interno del codice civile italiano del 1865 (art. 829), sia nel vigente codice del 1942 (art. 627).

7. – Grande vitalità mantenne invece, nel diritto comune, la seconda applicazione del fedecommesso, vale a dire la sostituzione fedecommissaria, che i giuristi del tempo affiancavano senz'altro alle sostituzioni dirette ([105]). Il

---

([102]) La fiducia testamentaria, anche in questo caso, rimase implicitamente abolita dal divieto di commettere la nomina dell'erede alla dichiarazione di un terzo, sancito dal § 564 ABGB.

([103]) Per esempio, nelle Costituzioni del Ducato di Modena, pubblicate da Francesco III nel 1771 e nelle leggi civili napoletane del 1818.

([104]) Art. 809: "Non è ammessa alcuna prova che l'instituzione o il legato fatto in favore di persona dichiarata nel testamento non lo sia, che in apparenza, ma che realmente lo sia in favore di altra persona, corpo od opera nel medesimo taciuta, e ciò non ostante qualunque espressione nel testamento, che lo indicasse o potesse farlo presumere.

La disposizione di questo articolo non si applica però al caso, che l'instituzione od il legato vengano impugnati, come fatti per interposta persona a favore d'incapaci". Cfr. E. GIANTURCO, *Delle fiducie*, cit., 38.

([105]) La distinzione tra una *substitutio directa* e una *substitutio non directa*, ovvero *obliqua*, o *fideicommissaria*, è già presente in IRNERIO, *Distinctio I*, in ms. Berlin, Deutsche Staatsbibliothek, West B., lat. 272, fol. 141r, riportato da A. PADOVANI, *Studi storici*, cit., 531: "Substitutio alia directa alia non. ... Substitutio non directa que fit per fideicommissum ut hec, 'quicumque vestrum decesserit sine liberis eius portio ad superstitem veniat' ..." ; IRNERIO, *gl. scripsisse*, in ms Bamberg., Jur. 21, fol. 124rb, sempre in A. PADOVANI, *Studi storici*, cit., 533: "Idest differt de iure utrum directam an fideicommissariam fecerit substitutionem ..." . Proseguendo nel tempo, cfr., fra gli altri: AZZONE, *Summa super Codicem*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, Torino 1966, 231, in C. 6, 26 *De impuberum et aliis substitutionibus*; ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, X, Torino 1968, fol. 181, *gl. fideicommissi* in C. 6, 28, 6 (in argomento: M. BELLOMO, *Consulenze professionali e dottrine di professori. Un inedito 'consilium domini Accursii'*, in *Studi Sanfilippo*, III, Milano 1983, 31 s.); BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria super Primam Infortiati Partem*, cur. G. POLARA, T. III, Roma 1996, in D. 28, 6 *De vulgari et pupillari substitutione*, Add. n. 2, fol. 138; BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis 1577, fol. 80, in C. 6, 26; J. CUJACIO, *Notae et Scholia in Lib. II Institutionum Justiniani*, *Caput XV*, *Schol. A)*, in *Opera*, II, ad Par. Fabrot. edit., Prati 1836, col. 882; ID., *Consultationes*, in *Opera*, X, ad Par. Fabrot. edit., Prati 1840: *Consultatio XV De substitutione precaria*, col. 1735 ss.; *Consultatio XIX, De substitutione precaria*, col. 1743 ss.; *Consultatio XXII De substitutione precaria*, col. 1747; *Consultatio XXXI De substitutione precaria*, col. 1763 s.; U. DONELLO, *Commentarii de Iure Civili*, II, Neapoli 1763, Lib. VI, Cap. XXIII, nn. 13-19, 64.

fenomeno coinvolgeva, come si è detto, i fedecommessi da restituirsi dopo la morte; ma le figure di maggiore spicco erano rappresentate dai fedecommessi di famiglia ([106]), nelle diverse forme in cui si articolavano (primogeniture, maggioraschi, seniorati, juniorati) ([107]). Ed è anzitutto significativo osservare che anche simili disposizioni furono circondate, nel corso del tempo, da un crescente clima di sfavore ([108]).

A giudizio di Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) ([109]), i fedecommessi di famiglia determinavano, anzitutto, una grave incertezza riguardo ai

---

([106]) Sulla particolare diffusione ed importanza del fedecommesso di famiglia a partire dal XVI secolo, anche grazie all'influenza esercitata dalla dottrina giuridica spagnola, cfr., per tutti: A. PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV, Torino 1893², 153 ss.; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino 1902, rist. anast. Milano 1972, 593 ss.; E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova 1939, 215 s.; L. TRIA, *Il fedecommesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI ai giorni nostri*, Milano 1945; P. S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. Parte Seconda. Diritti reali e di successione*, Milano 1960, 254 s.; E. BESTA, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, Milano 1961 (rist.), 173 s.; R. TRIFONE, *s. v. Fedecommesso (diritto intermedio)*, in *NNDI*, VII, Torino 1961, 199 ss.; M. CARAVALE, *s. v. Fedecommesso (dir. interm.)*, in *ED*, XVII, Milano 1968, 12 s.

Sul fenomeno, e le sue variegate espressioni, cfr. anche, più di recente: A. ROMANO, *Successioni e difesa del patrimonio familiare nel Regno di Sicilia*, in *Marriage, Property, and Succession*, ed by L. BONFIELD, Berlin 1992, 126 ss. (= ID., *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino 1994, in part. 156 ss.); M. C. ZORZOLI, *Della famiglia e del suo patrimonio: riflessioni sull'uso del fedecommesso in lombardia tra cinque e seicento*, in *Marriage, Property, and Succession*, cit., 155 ss.

([107]) I fedecommessi di famiglia, infatti, anziché chiamare tutti i membri della cerchia familiare, come avveniva nel diritto romano, privilegiavano ora più specifici soggetti. Il lascito veniva riservato, il più delle volte, al primogenito maschio (primogenitura); eventualmente, al più vecchio tra i parenti prossimi dell'ultimo titolare del bene (maggiorasco), oppure al più anziano in assoluto della famiglia (seniorato); talvolta, al più giovane (juniorato) o all'ultimogenito (ultimogenitura). D'altra parte, già la Novella 159 di Giustiniano prospettava un caso nel quale il bene, pur vincolato alla *familia* genericamente intesa, era trapassato costantemente fra i soli discendenti del testatore, dal padre al figlio primogenito (che portava infatti lo stesso nome del nonno).

([108]) Sul punto: A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, cit., 157 ss.; R. TRIFONE, *s. v. Fedecommesso (diritto intermedio)*, cit., 204 ss. Cfr. inoltre, più di recente: G. ERMINI, *Nota sulla storia del "fedecommesso"*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, *Studi in onore di Mario De Dominicis*, Perugia 1981, 461 ss.; R. BONINI, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel settecento illuminista. Con la prima parte di un'antologia di testi: "i problemi giuridici del settecento illuminista"*, Torino 1991 (rist. 1998), 171 ss., e ID., *Ancora sui fedecommessi nel settecento illuminista. La* lettera *di Giuseppe Grippa al Filangieri e le* osservazioni politiche filosofiche *del "cittadino" Giuseppe Marocco*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 71 (1998), 147 ss.

([109]) L. A. MURATORI, *Trattato dei difetti della Giurisprudenza*, Venezia 1742, Cap. XVII. *De i Fideicommissi, Maggioraschi, Primogeniture, e Sustituzioni*, pag. 145 ss.

contratti aventi ad oggetto i beni vincolati, e rispetto ai diritti degli ignari compratori ([110]). Inoltre, venivano frequentemente utilizzati, in modo fraudolento, per sottrarre consistenti beni alle pretese dei creditori ([111]). Ancora, provocavano ingiustizie e disagi nelle stesse famiglie. Il vincolo fedecommissario, infatti, abbracciava ogni cosa (addirittura la quota legittima), destinandola per lo più al primogenito maschio, e privando di ogni avere gli altri fratelli, nonché le sorelle e le altre congiunte ([112]).

Simili disposizioni, infine, sarebbero state all'origine di frequentissime liti, ad esclusivo profitto degli avvocati ([113]). A ciò si aggiunga che esse, determinando sopra i beni gravati un persistente vincolo, li rendevano inalienabili per lungo tempo. Di qui la ricorrente accusa di immobilizzare i patrimoni ereditari, sottraendoli al libero commercio ed ostacolando le opportune migliorie ([114]).

L'istituto, per queste ragioni, conobbe alterne fortune. E, soprattutto a partire dal XVII secolo, fu colpito da una serie di norme restrittive. Da una parte, fondamentalmente, ci si preoccupò di ostacolare la costituzione di nuovi fedecommessi, permettendola alle sole famiglie nobili ([115]). Dall'altra,

---

([110]) Osservava il giurista: "... ecco un pernicioso regalo alla Repubblica per l'incertezza, a cui restano esposti i contratti del vendere e del comperare, del fondar censi, dell'ipotecare, e simili. Noi bene spesso miriamo saltar fuori rancide carte, e testamenti, che carpiscono i fondi dalle mani de i burlati compratori".

([111]) "E poi ecco un'orrenda tempesta addosso a tanti creditori, salvando i Debitori, o almeno i lor figliuoli, la roba col cavar fuori lo scudo incantato de' Fideicommissi. Quanto Artigiani e Mercatanti sieno rimasti delusi, la sperienza tutto dì lo mostra".

([112]) "Secondariamente di gran lamenti e sconcerti succedono nelle famiglie. Non di rado tutto è di Fideicommisso, e colla cautela del Socino s'è voluto, che fin la Legittima vi resti compresa. E questo fideicommisso ristretto in una sola persona, e ne' soli maschi; né resta roba per gli altri fratelli, né c'è da maritar le figliuole, le sorelle, le cugine, ecc.". Per di più, in caso di necessità, non si poteva ricorrere ai beni gravati: "Vengono altri bisogni o disgrazie nelle case; ma il Fideicommisso intaccar non si può".

([113]) "In terzo luogo poi mettete un po' la testa nel Foro, ed osservate, di che si tratti, di che si disputi, per lo più d'una Sustituzione, d'un Fideicommisso, di un Maggiorasco, di una Primogenitura. Questo è il podere più fruttuoso d'ogni altro per gli Avvocati, i Procuratori, Notai e Giudici, perché più spesso che per altri affari insorgono liti a cagion delle Successioni, e de' testamenti per se stessi imbrogliati, o che i sottili Legisti cercano d'imbrogliare col loro gran sapere".

([114]) L. ven. 19 maggio 1637: "Si trovano alcuni di natura così inhumana, che possedendo beni et case sottoposte alla conditione di fideicommissi, non potendole vender, con indebita maniera, e senza causa alcuna, tagliano li albori dei terreni, per venderne le legne, lasciando quelli inculti, e disfanno le case per cavar picciol civanzo dalla vendita delle materie, ingannando perciò la mente de' testatori ... ". Citata da A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, cit., Torino 18932, 158 nt. 26.

([115]) La norma fu introdotta in Piemonte (Cost. piemont. 1770) e in Sardegna (Editto 15 gennaio 1770), nel Granducato di Toscana (L. 22 giugno 1747, art. VI), nonché nel Codice delle Due Sicilie (art. 938).

si cercò di porre un limite alla perpetuità del vincolo fedecommissario. E lo scopo — si badi bene — venne fondamentalmente raggiunto riproponendo la Novella 159 di Giustiniano, e il limite della quarta generazione, o del quarto grado, che da essa si era soliti ricavare (116).

Infine, durante gli anni della rivoluzione francese si giunse al divieto della sostituzione fedecommissaria, in ogni sua forma (117). Tale divieto fu poi sostanzialmente accolto dal codice civile francese (118) nonché dal codice civile italiano del 1865 (119). La sostituzione fedecommissaria rimase in vita, invece, nelle codificazioni dell'area germanica: nel codice civile generale austriaco (120) e nel codice civile tedesco (121). Essa fu infine riammessa, sia pure limitatamente, nel vigente codice civile italiano che ci apprestiamo ad esaminare.

8. – Veniamo dunque al c.c. italiano del 1942 ove anzitutto, all'art. 627, è contemplata la fiducia testamentaria, o disposizione fiduciaria (122).

---

(116) Così, sull'esempio di talune disposizioni francesi, e di quanto aveva stabilito Carlo Emanuele I di Savoia nel 1598, tale limite venne imposto in Piemonte, nel 1729, in relazione a tutti i fedecommessi, sia da erigersi per l'avvenire, sia già costituiti: Cost. piemont. 1729, V, 2, §§ 1, 4 , 5. La norma fu estesa al territorio sardo nel 1770. Sempre per quel che concerne gli stati italiani preunitari, regole del tutto simili furono dettate in Toscana, nel 1747 (L. 22 giugno 1747, §§ II, III, VIII, IX), come pure a Modena (Cost. Mod., Lib. II, Tit. XXXIII, §§ II, III, VI, VII, VIII). Criteri analoghi, se non addirittura più severi, ma pur sempre ispirati al computo delle generazioni, dei gradi o dei passaggi del bene dall'uno all'altro titolare, furono introdotti anche altrove. Nelle regioni del Belgio, per esempio, si seguiva il più stretto limite del terzo grado. In Olanda e Frisia, viceversa, era accolta la *communis opinio*, che desumeva dalla Novella 159 il limite del quarto grado. Ancora più rigida una disposizione introdotta in Lombardia da Maria Teresa, che dichiarava invalidi i fedecommessi per il futuro e limitava l'efficacia di quelli già esistenti a due soli passaggi. La norma venne imposta anche in Piemonte da Carlo Emanuele IV, nel 1796. In argomento, L. Desanti, *Nov. Iust. 159 e il limite alla perpetuità del fedecommesso di famiglia*, cit., 482 ss. e *Restitutionis post mortem onus*, cit., 357 ss.

(117) L. 14 novembre 1792, la quale dispose l'abolizione di ogni specie di sostituzioni, vietando che se ne istituissero di nuove.

(118) Art. 896. Tuttavia, con il ripristino del diritto di primogenitura per ducati e feudi ereditati, ad opera di Napoleone nel 1806, venne inserita una disposizione che prevedeva la possibilità di costituire fedecommessi.

(119) Art. 899: "Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire a terza persona, è sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione è vietata".

(120) ABGB, §§ 608 ss.; sul fedecommesso di famiglia, in particolare, §§ 618 ss.

(121) BGB §§ 2100 ss.; sul fedecommesso di famiglia, in particolare, la Legge introduttiva, artt. 59 ss.

(122) In argomento, per tutti: G. Mirabelli, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1057 ss.; N. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano

Le osservazioni sin qui compiute intorno alla storia di questa figura consentono anzitutto di ribadire che essa, al di là della sua odierna riconducibilità alla categoria del negozio fiduciario (123), non affonda le radici nel contratto romano di fiducia, bensì nell'ambito del fedecommesso (124). Ciò autorizza, per l'appunto, la nostra indagine, alla ricerca di eventuali tracce del più antico progenitore.

Come già si accennava, l'istituto era previsto nel c.c. italiano del 1865. L'art. 829 (125), sulla scorta dell'art. 809 del codice sardo, vietava la prova

---

1964, 359 ss.; G. GAZZARA, *s.v. Fiducia testamentaria*, in *ED*, XVII, Milano 1968, 427 ss.; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1979[7], 442 ss.; M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi. Le successioni testamentarie (artt. 624-712 c. c.), coord. M. BIANCA, Torino 1983, 15 ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Dell'istituzione di erede e dei legati. Disposizioni generali*, in *Commentario del Codice Civile a cura di* A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Libro secondo — Delle successioni*, artt. 624-632, Bologna-Roma 1983, 75 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 6, *Successioni-II*, Torino 1997[2], 109 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano 20022, 388 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, Roma-Bari 2004, 177 ss.; M. MAGAGNA, *Simulazione e disposizione fiduciaria*, in AA.VV., *La ricostruzione della volontà testamentaria. Il contenuto, i vizi, la simulazione, l'interpretazione,* a cura di U. VINCENTI, Padova 2005, 251 ss.

(123) In questo senso si è orientata una parte considerevole della dottrina, a ciò indotta in primo luogo dalla rubrica "disposizione fiduciaria": L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova 1933, 20; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano 1962[9], 243; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1980[9], 179 ss.; V. M. TRIMARCHI, *s.v. Negozio fiduciario*, in *ED*, XXVIII, Milano 1978, 45 s. L'accostamento della fiducia testamentaria al negozio fiduciario è stato però contestato, soprattutto considerando che "il *pactum fiduciae* crea nel fiduciario un obbligo giuridico rilevante in sede processuale, mentre la disposizione testamentaria fiduciaria subordina la sua operatività alla correttezza del fiduciario": M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, cit., 21. Queste le plausibili conclusioni dell'A.: "Se mai il rapporto tra negozio e disposizione fiduciaria può rilevarsi solo a condizione di attribuire al concetto di fiducia il significato più ampio e generico di formula attraverso la quale i soggetti privati tendono a realizzare gli scopi tipici dei rapporti fondati sull'affidamento nelle qualità personali di un dato soggetto ... . In tale eventualità il carattere fiduciario delle disposizioni di cui all'art. 627 cod. civ. non costituirebbe un elemento di identificazione della fattispecie, ma piuttosto un connotato rilevante più sotto il profilo descrittivo che dal punto di vista qualificatorio". Cfr. anche G. GAZZARA, *s.v. Fiducia testamentaria*, cit., 428 e M. MAGAGNA, *Simulazione e disposizione fiduciaria*, cit., 270 ss.

(124) In questo senso, G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, cit., 1075 s., che (rinviando allo studio di A. AMBROSINI, *Disposizioni di ultima volontà fiduciarie*, I, *Concetto ed origine delle fiducie*, cit., 99 ss.) propriamente opta per l'accostamento al fedecommesso segreto.

(125) Art. 829 c.c. ital. 1865: "Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indichi o potesse farla presumere.

dell'esistenza della fiducia (salvo nel caso in cui fosse disposta in frode alla legge), la quale, in definitiva, appariva non vincolante, e demandata alla lealtà dell'onerato ([126]). Il che sembrava suggerire una analogia con il fedecommesso delle origini, prima che Augusto ne decretasse il riconoscimento giuridico e la tutela processuale ([127]).

Il dettato dell'art. 829, tuttavia, lasciava spazio a diversi dubbi interpretativi: si discuteva, in particolare, se il divieto di provare l'esistenza della fiducia implicasse, necessariamente, l'improponibilità dell'azione ([128]); non era chiaro, inoltre, quale efficacia dovesse assumere l'eventuale esecuzione spontanea da parte del fiduciario ([129]).

L'esigenza di meglio definire i profili in discorso ha condotto alla nuova disciplina, in parte coincidente ma non priva di elementi di novità, introdotta nel c.c. ital. 1942:

> Art. 627: "*Disposizione fiduciaria*. Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratti di persona interposta.

Ciò non si applica al caso che l'instituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci".

([126]) Affermava infatti la Cassazione torinese che il testatore "avendo fede nell'onestà dell'erede, si rimise alla di lui coscienza in quanto all'uso o alla destinazione di tutta o parte della di lui sostanza ereditaria" (Cassazione di Torino, 18 giugno 1881).

([127]) Così scriveva B. BRUGI, *s. v. Fedecommesso*, cit., 650: "Ciò fa pensare che le fiducie sarebbero oggi a quel grado stesso di validità in cui trovavansi i fedecommessi prima d'Augusto, allorché, cioè, *tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur*".

([128]) Secondo un'opinione avanzata in dottrina, tale normativa non avrebbe precluso la possibilità, per l'istituito, di confessare la fiducia, facendo così acquisire all'effettivo destinatario della disposizione un diritto processualmente azionabile. Secondo un diverso orientamento, invece, l'inammissibilità della prova avrebbe implicitamente significato l'improponibilità dell'azione processuale. Il codice vigente, negando senz'altro l'azione, ha inteso risolvere tale ambiguità. Cfr. F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 444 con letteratura riportata a nt. 1.

([129]) L'orientamento prevalente era nel senso di escludere che la fiducia (considerata nulla o addirittura illecita) potesse produrre alcun effetto; di conseguenza, si tendeva a negare che il fiduciario potesse validamente trasmettere i beni ereditari al terzo destinatario, se non attraverso un regolare atto di donazione; diversamente, la trasmissione sarebbe stata senza causa e i beni si sarebbero potuti ripetere. Per tutti: F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 445 s. Altri giuristi, però, consideravano tale trasmissione come atto dovuto, giustificato da un dovere morale in capo al fiduciario, e pertanto irripetibile: M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, cit., 17, con letteratura ivi riportata.

> Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace. Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere".

Si fa sempre il caso della istituzione di un erede, o di un legatario, con l'incarico — espresso nel testamento o in un atto diverso — di trasferire i beni ricevuti ad un terzo segretamente indicato dal *de cuius* ([130]). A parziale correzione dell'art. 829 c.c. 1865, il primo comma dichiara anzitutto inammissibile, non già la prova, ma l'azione "per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona". In definitiva, l'istituito nel testamento si intende erede o legatario a tutti gli effetti; né si può agire in giudizio per dimostrare che si tratta di persona interposta, incaricata di trasmettere i beni al terzo destinatario. La disposizione fiduciaria, in altri termini, non può essere fatta valere dall'interessato, non è tutelata in via di azione.

Il divieto sancito dal primo comma appare tuttavia attenuato grazie alla nuova disciplina introdotta dal secondo comma. Si prevede infatti che l'istituito nel testamento, pur non essendovi giuridicamente tenuto, abbia spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria; e si stabilisce che, in tale ipotesi, non possa ripetere quanto prestato (purché non si tratti di persona incapace). Vale a dire, l'esecuzione spontanea della fiducia non solo è ritenuta ammissibile, ma dà luogo alla *soluti retentio* a favore del terzo.

L'ultimo comma, infine, ribadisce una deroga alla improponibilità dell'azione. Si consente di promuovere il giudizio, per accertare l'esistenza di una disposizione fiduciaria fraudolenta, quando l'effettivo destinatario sia un soggetto incapace a ricevere per testamento ([131]).

([130]) Non sono invece contemplate ulteriori figure ricollegabili all'ambito della fiducia, o forse del mandato *post mortem*, quali la cosiddetta fiducia *ab intestato*, la fiducia con fiduciario semplicemente incaricato di palesare la segreta volontà del testatore, la fiducia con fiduciario mero esecutore testamentario. Per tutti: G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, cit., 1059 s.; M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, cit., 15 s.

([131]) L'azione potrà essere promossa da chiunque vi abbia interesse, in primo luogo dagli eredi. La fiducia, evidentemente in frode alla legge, risulterà sanzionata da nullità e la clausola testamentaria rimarrà priva di effetti: non solo per il terzo, effettivo destinatario, ma anche per lo stesso fiduciario. Per tutti: F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 449. Si noti l'analogia fra la fattispecie delineata al 3° comma in discorso e il tacito fedecommesso sanzionato dal diritto romano, fraudolentemente disposto a favore di incapaci a succedere.

Ebbene, non c'è dubbio che la disposizione fiduciaria, nell'odierna configurazione, presenti significative distanze rispetto al fedecommesso romano. A parte l'elemento della segretezza, impostosi nell'età di mezzo ([132]), essa non genera un obbligo coercibile nei confronti del terzo, che non può farla valere in giudizio; e costui, in caso di spontanea esecuzione, non subentra al *de cuius* in qualità di successore *mortis causa*, bensì al fiduciario attraverso un atto *inter vivos* ([133]). Il fedecommesso invece, a partire da Augusto, aveva assunto efficacia obbligatoria verso il terzo fedecommissario; il quale — in forza della restituzione — succedeva *mortis causa* al *de cuius* medesimo.

Al tempo stesso, persistono elementi di continuità. La fiducia si pone pur sempre quale disposizione di ultima volontà diretta a realizzare una interposizione di persona: l'erede o il legatario è destinato ad acquistare in modo non definitivo, al solo scopo di trasmettere i beni al destinatario finale, il terzo segretamente indicato dal testatore ([134]). Soprattutto, essa ha conservato l'originaria natura di rapporto fiduciario, basato sull'affidamento nella lealtà dell'onerato, che — per quanto non cogente nei confronti del terzo — appare comunque vincolante, sul piano morale, nei confronti del *de cuius*. Anche il

---

([132]) Il fedecommesso, di regola, era disposto in modo palese, ancorché eventualmente in forma orale: D. 32, 21 *pr*. (Paul. 4 *sent*.); Ulp. 25, 3. Si è visto però che l'elemento della segretezza potrebbe ricollegarsi sia al tacito fedecommesso in frode alla legge sia al fedecommesso orale, in assenza di testimoni, di epoca giustinianea. V. *retro*.

([133]) È infatti opinione condivisa che il terzo riceva i beni senza acquistare il titolo di erede o legatario del testatore, che rimane in capo al fiduciario; diversamente, si porrebbe un contrasto sia con l'art. 606, il quale vieta l'attribuzione di un diritto successorio attraverso atti non redatti nelle forme prescritte dalla legge, sia con l'art. 631, il quale proibisce che la delazione ereditaria sia rimessa all'arbitrio di un terzo. Cfr. M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 18. Da questo punto di vista, si registra una notevole difformità anche rispetto alla fiducia testamentaria dell'età di mezzo, rispetto alla quale il terzo destinatario dei beni era considerato addirittura vero erede o legatario, mentre l'istituito nel testamento era relegato a semplice prestanome.

([134]) Per tutti, M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 16: "Nella fiducia invece l'istituito acquista un diritto di natura successoria in quanto destinatario di una disposizione testamentaria a titolo universale o particolare, se pure in modo non definitivo, dato che la sua titolarità rappresenta soltanto un momento di un più complesso procedimento di attribuzione patrimoniale che ha come destinatario finale il soggetto segretamente indicato dal *de cuius*". Secondo la dottrina dominante, proprio perché i beni sono realmente affidati al fiduciario, sia pure con l'intesa che egli li trasferirà ad altro soggetto, si realizzerebbe un fenomeno di interposizione reale (e non fittizia) di persona. Per tutti: M. Costanza, *La disposizione fiduciaria*, cit., 22; L. Bigliazzi Geri, *Il testamento*, cit., 111 s.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I^2, cit., 389. Altri studiosi si mostrano però inclini a scorgervi un caso di interposizione fittizia, o ancora a ritenere che l'art. 627 sia riferibile ad ambedue le ipotesi. Per una riconsiderazione del problema, di recente, M. Magagna, *Simulazione e disposizione fiduciaria*, cit., 270.

fedecommesso, a prescindere dall'efficacia obbligatoria nei confronti del fedecommissario, impegnava anzitutto alla fedeltà verso il *de cuius*. E proprio questa analogia di fondo, a ben guardare, si riflette tuttora su un profilo della vigente disciplina della fiducia, affrontato con incerto esito dalla dottrina civilistica: quale sia il fondamento della norma introdotta dal secondo comma, che in caso di spontanea esecuzione della disposizione fiduciaria accorda la *soluti retentio* al terzo destinatario dei beni.

Al riguardo, diciamo subito che gli studiosi hanno avanzato diverse opinioni, nessuna delle quali, tuttavia, è andata esente da obiezioni critiche.

Per esempio, vi è chi ha scorto l'applicazione, nel caso in esame, della regola di cui all'art. 2035 c.c. ([135]): "Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato". La fiducia, secondo questa prospettiva, costituirebbe una disposizione immorale sia per il terzo destinatario dei beni, sia per il fiduciario interposto (partecipe dell'accordo illecito con il testatore), il cui adempimento — integrando una prestazione contraria al buon costume anche da parte di quest'ultimo — risulterebbe per ciò stesso irripetibile ([136]).

Ancora, supponendo che la disposizione fiduciaria possa essere intesa come modo nullo per difetto di forma (l'indicazione del reale destinatario dell'attribuzione risulta compiuta solo verbalmente, in modo occulto, e dunque in una forma irregolare per gli atti di ultima volontà), il fondamento della *soluti retentio* è stato individuato nell'art. 590 c.c. ([137]): "La nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione". Il fiduciario, adempiendo spontaneamente alla fiducia, vi avrebbe dato conferma, perdendo con ciò la possibilità di farne valere la nullità e di ottenere la ripetizione ([138]).

([135]) In questo senso: S. PUGLIATTI, *Dell'istituzione di erede*, in *Commentario del codice civile* a cura di M. D'AMELIO e E. FINZI, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze 1941, 509.

([136]) Tuttavia, la configurazione della fiducia testamentaria come atto contrario al buon costume, proposta dall'opinione in esame, ha sollevato non poche perplessità: F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 446 s.; M. COSTANZA, La disposizione fiduciaria, cit., 25.

([137]) Per esempio: M. ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino 1957, 79 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano 1980^2, 595 ss.

([138]) Tale soluzione, tuttavia, si è prestata a plausibili rilievi critici. In particolare, M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, cit., 26 ss. A giudizio dell'A. "Innanzitutto va rilevato che l'art. 590 risolve essenzialmente un problema di legittimazione ad agire in ordine alla declaratoria di nullità: essa presuppone l'esistenza di una disposizione testamentaria, anche se affetta da invalidità ...". Viceversa, nel caso della fiducia "la disposizione 'segreta' non crea alcun diritto neppure potenzialmente rilevante per

Secondo l'opinione prevalente, ad ogni modo, la prestazione resa spontaneamente dal fiduciario configurerebbe adempimento di una obbligazione naturale, ai sensi dell'art. 2034 c.c. ([139]): vale a dire, di un dovere morale o sociale, ovvero di un dovere per il quale la legge non accorda azione, ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente prestato ([140]).

---

l'ordinamento". D'altronde, la disciplina dei due istituti presenterebbe delle differenze ingiustificabili, il che costituirebbe "un indice, anche se non univoco, della loro inomogeneità funzionale oltre che operativa". Così, in base all'art. 590, per vincolare l'erede sarebbe sufficiente la dichiarazione di voler confermare; riguardo alla fiducia, la convalida della volontà testamentaria presupporrebbe necessariamente la spontanea esecuzione. Ancora, colui che acquista un diritto in forza degli atti previsti dall'art. 590 succede quale avente causa del *de cuius* (e non di colui che ha convalidato); nel caso della fiducia, invece, il terzo riceve i beni in forza di un atto *inter vivos*, senza acquistare il titolo di erede o legatario (che rimane in capo all'istituito testamentario). Fra la conferma e l'adempimento della fiducia emergerebbe poi una profonda differenza qualitativa: la conferma si configurerebbe come atto essenzialmente negoziale, implicante la consapevolezza del suo autore circa le ragioni della nullità e le eccezioni opponibili, che esprimerebbe una volontà implicita di rinuncia all'azione; l'adempimento della fiducia si porrebbe invece come atto di tipo esecutivo, con il quale il fiduciario non rinunzia a far valere un suo diritto, ma compie semplicemente un atto morale doveroso.

([139]) Art. 2034 c. c.: "Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.

I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente prestato, non producono altri effetti".

Fra gli altri: G. STOLFI, In tema di adempimento spontaneo della fiducia testamentaria, in *Giur. It.*, 1950, I, 1, 545 ss.; S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, 1953, 1 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI[9], cit., 244; G. VISINTINI, *Obbligazioni naturali, Rassegna di giurisprudenza*, in *Riv. Dir. civ.*, 1962, II, 75; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., 373 s.; G. GAZZARRA, *s.v. Fiducia testamentaria*, cit., 431 s. e 435; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 446 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I[2], cit., 390; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, cit., 178; C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano 2005[4], 752.

([140]) La fiducia testamentaria, più propriamente, sarebbe riconducibile ai doveri richiamati nel 2° comma dell'art. 2034. In questo senso, la stessa Relazione al Progetto definitivo del Codice civile (*Codice civile. Libro delle obbligazioni. Illustrato con i lavori preparatori e disposizione di attuazione e transitorie*, Milano 1942, n. 24, p. 667): "... Lo stesso trattamento dei doveri morali e sociali è fatto a tutti quegli altri doveri a cui la legge dichiara di non accordare azione ma rispetto ai quali esclude la ripetizione di ciò che sia stato spontaneamente pagato (ad esempio, art. 173 del libro delle successioni (art. 627) ... Non è compito del legislatore stabilire se queste due categorie di doveri non coercibili abbiano lo stesso contenuto etico o si differenzino tra loro; il codice le ha raggruppate sotto l'unica denominazione di obbligazioni naturali esclusivamente perché ha dato ad entrambe un unico regolamento. Questa comune disciplina consiste nel negare la ripetizione di ciò che sia stato spontaneamente pagato in base ai doveri medesimi, e nello stabilire che essi non potranno

Ebbene, anche questa interpretazione, sia pure largamente seguita, è stata ritenuta non del tutto soddisfacente ([141]), sulla base della seguente argomentazione.

Al di là di una identità formale ed apparente fra le due ipotesi, si è osservato, nel rapporto di obbligazione naturale sussiste un legame fra debitore e creditore, che legittima quest'ultimo a ricevere e trattenere quanto gli è stato attribuito. In parole povere, il debitore naturale è tenuto da un dovere morale o sociale nei confronti del creditore; ed è proprio sulla base di tale dovere, esistente nei suoi confronti, che il creditore potrà avvalersi della *soluti retentio*.

Non così, invece, nel caso della fiducia testamentaria. In tale ipotesi, "fra l'interposto testamentario e il terzo non sussiste alcun legame diretto, ma solo un rapporto casuale derivante dalla dichiarazione segretamente resa dal *de cuius* al fiduciario. Di conseguenza, il terzo che riceve la prestazione da parte dell'istituito testamentario non percepisce ciò che gli è dovuto da quest'ultimo, ma solo ciò che questi ha il dovere di dargli secondo l'effettiva volontà del testatore".

"In definitiva, il fatto che il fiduciario assolva l'incarico conferitogli dal *de cuius* e che ciò sia moralmente e socialmente approvato non dovrebbe bastare per qualificare tale fenomeno come caso di obbligazione naturale: la *soluti retentio* di cui all'art. 2034, 2° comma, sembra giustificarsi in quanto si è pagato ciò che si doveva per assolvere alle richieste del *de cuius* e non tanto perché si è trasferito ciò che la controparte può ricevere e ritenere".

Queste osservazioni, che ci sembrano del tutto condivisibili, per un verso denunciano una difficoltà nel ricondurre la disciplina della fiducia testamentaria ad ulteriori istituti del diritto vigente ([142]); per altro verso, pur senza esplicitarlo, mettono in luce una persistente analogia fra questa figura e il suo antecedente storico, vale a dire il fedecommesso.

Come si diceva poc'anzi, anche nell'ambito del fedecommesso, al di là dell'insorgenza di un vincolo giuridico nei confronti del fedecommissario, sussisteva anzitutto un vincolo di ordine morale fra l'onerato e il *de cuius*. Proprio la sussistenza di tale vincolo morale, non di rado, spingeva anzi l'onerato ad adempiere alla disposizione ancorché, per qualche ragione, non risultasse giuridicamente vincolante.

---

produrre altri effetti giuridici oltre a quello della *soluti retentio* ...". Cfr. E MOSCATI, *Le obbligazioni naturali*, Padova 1999, 47.

([141]) M. COSTANZA, *La disposizione fiduciaria*, cit., 23 ss. L'Autrice avanza rilievi critici, del resto, anche nei confronti delle ulteriori possibili spiegazioni avanzate in dottrina.

([142]) Sulla natura "ibrida" dell'istituto nel diritto moderno, già B. BRUGI, *s.v. Fedecommesso*, cit., 650. Sulle incongruenze della disciplina dell'art. 627 c.c. 1942, in particolare a proposito del 2° comma, cfr. inoltre G. MIRABELLI, *Le disposizioni fiduciarie nell'art. 627 c.c.*, cit., 1096 s.

Ebbene, anche in tale ipotesi, come si ricorderà, quanto era stato prestato non poteva essere ripetuto, ovvero era trattenuto dal fedecommissario. E, proprio come nel caso della fiducia testamentaria, non perché l'onerato si ritenesse in qualche modo obbligato nei confronti di quest'ultimo, ma perché appariva tenuto al dovere di fedeltà e lealtà nei confronti del *de cuius*. La prestazione spontanea, da parte sua, costituiva pertanto un vero e proprio 'adempimento' dell'incarico assegnatogli; e ciò giustificava, per l'appunto, la *soluti retentio*.

In un certo senso, così come la disciplina del codice 1865 riecheggiava il fedecommesso preaugusteo, la disciplina del c.c. 1942 finisce per rievocare quella del fedecommesso — non cogente sul piano del diritto — spontaneamente adempiuto in omaggio al vincolo della *fides*.

9. – Venendo ora alla sostituzione fedecommissaria (143), c'è da dire che l'istituto, già vietato nel c.c. 1865 (144), è stato riammesso nel c.c. 1942, sia pure entro precisi limiti soggettivi, concernenti sia la persona dell'onerato, sia la persona dell'onorato (145). Istituiti, e onerati della sostituzione, potevano essere solamente il figlio, un fratello o una sorella; sostituiti, e dunque onorati, solamente i discendenti nati o nascituri dell'istituito, ovvero un ente pubblico:

> Art. 692: "*Limiti*. È valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati o nascituri dall'istituito o a favore di un ente pubblico.
> È valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni lasciati a favore di tutti i figli nati o nascituri da essi o a favore di un ente pubblico.

---

(143) Rinvio fondamentalmente alle considerazioni svolte in un precedente lavoro: L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 193 ss.

(144) Art. 899: Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire a terza persona, è sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione è vietata.

(145) In argomento, per tutti: L. RICCA, *s. v. Fedecommesso (diritto civile)*, in *ED*, XVII, Milano 1968, 114 ss.; M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del Codice Civile a cura di* A. SCIALOJA *e* G. BRANCA, *Libro secondo - Delle successioni*, artt. 679-712, Bologna-Roma 1978², 260 ss.; G. AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di diritto privato, diretto da* P. RESCIGNO, 6, *Successioni-II*, Torino 1997², 335 ss.; G. BONILINI, *Diritto delle successioni*, cit., 190 ss.; G. ZANON, *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in AA. VV., *La ricostruzione della volontà testamentaria*, cit., 66 ss.

In ogni altro caso la sostituzione è nulla.
È parimenti nulla ogni disposizione con la quale il testatore proibisce all'erede di disporre per atto tra vivi o per atto di ultima volontà dei beni ereditari".

Tali limiti sono stati ulteriormente ampliati dalla l. 19 maggio 1975 n. 151 sulla riforma del diritto di famiglia. A seguito della radicale innovazione dell'art. 692 ([146]), la sostituzione fedecommissaria può essere disposta solamente nei confronti del figlio, discendente o coniuge interdetto o interdicendo, e a beneficio delle persone o enti che hanno avuto cura dell'interdetto medesimo. Non a caso si parla di fedecommesso assistenziale.

La struttura di fondo dell'istituto, tuttavia, è rimasta intatta: ed è su questa struttura che ora ci soffermeremo per verificare sino a che punto la sostituzione fedecommissaria, al di là della denominazione, conservi ancora le tracce della sua derivazione dal fedecommesso.

([146]) Art. 692: "*Sostituzione fedecommissaria*. Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo.

La stessa disposizione si applica nel caso del minore di età, se trovasi nelle condizioni di abituale infermità di mente tali da far presumere che nel termine indicato dall'articolo 416 interverrà la pronuncia di interdizione.

Nel caso di pluralità di persone o enti di cui al primo comma i beni sono attribuiti proporzionalmente al tempo durate il quale gli stessi hanno avuto cura dell'interdetto.

La sostituzione è priva di effetto nel caso in cui l'interdizione sia negata o il relativo procedimento non sia iniziato entro due anni dal raggiungimento della maggiore età del minore abitualmente infermo di mente. È anche priva di effetto nel caso di revoca dell'interdizione o rispetto alle persone o agli enti che abbiano violato gli obblighi di assistenza.

In ogni altro caso la sostituzione è nulla".

La riscrittura dell'art. 692 è stata accompagnata dalla parziale modifica degli artt. 693 e 696, mentre gli artt. 694, 695 e 697 sono rimasti invariati. Rispetto all'art. 693, è stato abolito il 3° comma, il quale prevedeva la possibilità della nomina di un amministratore, a cura dell'autorità giudiziaria, per il caso in cui l'istituito trascurasse di osservare i propri obblighi. In effetti, poiché l'istituito è ormai un interdetto (o un minore in via di interdizione), il cui patrimonio viene amministrato dal tutore, sotto il controllo del giudice tutelare, il mantenimento di tale principio è parso inutile. Quanto all'art. 696, va osservato che il 2° comma, come riscritto a seguito della riforma, tende a ripetere le prescrizioni che erano contenute nel 2° e nel 3° comma, riferendole, evidentemente, non ai figli e agli enti pubblici contemplati in precedenza, ma alle persone e agli enti di assistenza che costituiscono attualmente i soli possibili beneficiari. Risulta soppresso, infine, il 4° comma, nel quale si prevedeva che la sostituzione fedecommissaria ammessa operasse come sostituzione volgare, qualora non potesse avere luogo la prima chiamata.

Al riguardo possiamo osservare che la dottrina ([147]) ha individuato alcuni caratteri essenziali della sostituzione fedecommissaria, che si possono così riassumere:

A) Doppia vocazione. Come emerge dall'art. 692, integrato dall'art. 697 ([148]), attraverso la sostituzione fedecommissaria il testatore dispone dell'eredità, o di un legato, a favore di due soggetti diversi in ordine di successione cronologica: il primo istituito e il sostituito (o sostituto).

Si deve peraltro osservare che la disposizione, come già si accennava, si articola ormai in una duplice istituzione di erede: sicché tanto l'istituito, quanto il sostituito, divengono eredi del testatore ([149]).

B) Ordine successivo. Il primo istituito e il sostituito non sono chiamati contestualmente alla successione, né in alternativa fra loro, bensì l'uno dopo l'altro. Per meglio dire, il sostituito è chiamato alla successione dopo la morte del primo istituito.

Si impongono, al riguardo, alcune osservazioni. Anzitutto, è bene sottolineare che l'ordine successivo tra i due chiamati presuppone che la prima istituzione cessi di avere efficacia, e inizi a produrre effetti la seconda. In altri termini, il primo istituito cessa di essere erede, e gli subentra, in tale veste, il sostituito.

Ancora, possiamo senz'altro affermare che la sostituzione è destinata ad operare alla morte del primo istituito ([150]). Ciò si legge, infatti, sia all'art. 692, 1° comma ("È valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte ..."), sia all'art. 696, 1° comma ("L'eredità si devolve al sostituito al momento della morte dell'istituito").

C) Obbligo di conservare e restituire. L'art. 692, 1° comma, configura in capo al primo istituito un obbligo di conservare e restituire i beni oggetto

---

([147]) Cfr., per tutti: M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 262 e 276, con ampia bibliografia alla nt. 1; G. AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 337 ss. In senso sostanzialmente analogo si era pronunciata, del resto, anche la dottrina anteriore alla emanazione del vigente Codice, sulla base dell'art. 899, 1° comma, c.c. 1865. Per tutti: L. COSATTINI, *s. v. Sostituzione fedecommissaria*, in NDI, XII.1, 1940, 637 ss.

([148]) Art. 697: "*Sostituzione fedecommissaria nei legati*. Le norme stabilite in questa sezione sono applicabili anche ai legati".

([149]) Per quanto riguarda il secondo, nell'art. 696, 1° comma, si legge testualmente che "l'eredità si devolve al sostituito". Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 385 *ter* ss.

([150]) È significativo osservare che l'art. 899 c.c. 1865 non conteneva alcun riferimento al *dies mortis*; e che tuttavia la dottrina del tempo, seguendo evidentemente la concezione tradizionale dell'istituto, lo aveva ugualmente ritenuto essenziale.

della sostituzione: "È valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire ...".

L'affermazione, però, deve essere meglio precisata, e in parte corretta.

Come si è esattamente osservato ([151]), un obbligo di conservare in senso proprio attiene al solo profilo della conservazione materiale della cosa. Per il resto, dagli artt. 693 ([152]), 694 ([153]) e 695 ([154]), emerge che i beni oggetto della sostituzione sono assolutamente indisponibili, non potendo essere efficacemente alienati, dati a pegno, o gravati di ipoteca, se non in casi eccezionali e previa autorizzazione dell'autorità competente. In questo senso, pertanto, non si configura un obbligo di conservare, a carico del primo istituito, ma piuttosto un'assoluta impossibilità di disporre di tali beni.

Per quel che concerne, poi, l'obbligo della restituzione, va tenuto presente che la devoluzione dei beni al sostituito, secondo quanto si ricava dall'art. 696, 1° comma, opera automaticamente, alla morte del primo istituito, senza necessità di un atto di trasmissione da parte dei suoi successori ([155]). Neppure da questo punto di vista, pertanto, si configura un obbligo in senso proprio.

D) Sopravvivenza del sostituito. Infine, come si ricava dall'art. 696, 2° comma nella originaria stesura ([156]), nonché secondo il nuovo dettato del

---

([151]) M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 268; 277.

([152]) Art. 693: "*Diritti ed obblighi dell'istituito*. L'istituito ha il godimento e la libera amministrazione dei beni che formano oggetto della sostituzione, e può stare in giudizio per tutte le azioni relative ai beni medesimi. Egli può altresì compiere tutte le innovazioni dirette ad una migliore utilizzazione dei beni.

All'istituito sono comuni, in quanto applicabili, le norme concernenti l'usufruttuario.

Se l'istituito trascura di osservare i propri obblighi, l'autorità giudiziaria può nominare, anche d'ufficio, un amministratore (3° comma abrogato)".

([153]) Art. 694: "*Alienazione dei beni*. L'autorità giudiziaria può consentire l'alienazione dei beni che formano oggetto della sostituzione in caso di utilità evidente, disponendo il reimpiego delle somme ricavate. Può anche essere consentita, con le necessarie cautele, la costituzione d'ipoteche sui beni medesimi a garenzia di crediti destinati a miglioramenti e trasformazioni fondiarie".

([154]) Art. 695: "*Diritti dei creditori personali dell'istituito*. I creditori personali dell'istituito possono agire soltanto sui frutti dei beni che formano oggetto della sostituzione".

([155]) Art. 696, 1° comma: "L'eredità si devolve al sostituito al momento della morte dell'istituito". M. TALAMANCA, *lcc. ultt. citt*.

([156]) Art. 696, 2° comma: "Se la sostituzione è a favore dei figli dell'istituito e questi muore senza lasciare prole, i beni si trasmettono ai suoi successori legittimi o testamentari". Qualora i figli-sostituiti siano premorti rispetto al padre, primo istituito, i beni si accrescono al patrimonio di quest'ultimo e si trasmettono ai suoi successori. Lo stesso emerge, del resto, dal 3° comma: "Se la sostituzione è a favore di un ente pubblico e questo si estingue prima della morte dell'istituito, questi acquista definitivamente la proprietà dei beni". L'estinzione dell'ente pubblico sostituito, anteriormente alla morte del primo istituito, fa acquistare a quest'ultimo, definitivamente, la proprietà dei beni.

1975 ([157]), la sostituzione fedecommissaria è subordinata alla condizione della sopravvivenza del sostituito ([158]). Vale a dire, essa non opera se costui — alla morte del primo istituito — risulti già deceduto ([159]).

Mettendo ora a confronto la disciplina passata in rassegna con quella della sostituzione fedecommissaria affacciatasi nel diritto romano, possiamo notare che un nucleo essenziale dell'antico istituto è rimasto.

Oltre alla possibilità di disporre tale sostituzione non solo riguardo all'eredità, ma anche al legato ([160]), permane l'idea della chiamata di due successori consecutivi, l'uno dopo l'altro: o, per meglio dire, l'uno dopo la morte dell'altro. L'art. 692 del vigente codice civile, infatti, ha attribuito espressa rilevanza al decesso del primo istituito, quale momento a partire dal quale opererà la sostituzione.

Ancora, la condizione di sopravvivenza del sostituto, già individuata rispetto ai fedecommessi lasciati alla morte dell'onerato ([161]), appare tuttora desumibile dall'art. 696, 2° comma.

D'altro canto, una analogia si può altresì registrare riguardo alle fattispecie riconducibili alla sostituzione fedecommissaria. Difatti, se la designazione di due successori consecutivi, uno dopo la morte dell'altro, di cui all'art. 692, richiama propriamente il caso del fedecommesso sottoposto al 'termine' della morte dell'onerato, altre fattispecie individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza possono però rievocare ulteriori figure, comprese dai giuristi romani nella medesima area. Si pensi, in particolare, alla duplice istituzione

---

([157]) Art. 696, 2° comma: "Se le persone o gli enti che hanno avuto cura dell'incapace muoiono o si estinguono prima della morte di lui, i beni o la porzione dei beni che spetterebbe loro è devoluta ai successori legittimi dell'incapace". In definitiva, qualora le persone o gli enti sostituiti siano morti o si siano estinti prima del decesso dell'istituito, i beni si accrescono al patrimonio di quest'ultimo e si trasmettono ai suoi successori.

([158]) Si tratta, per la precisione, di una condizione prevista dalla legge, ossia di una *condicio iuris*: M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 272 ss.

([159]) Ciò significa pure che il primo istituito, alla sua morte, cesserà solo eventualmente di essere erede, a condizione che il sostituito sia ancora vivente e possa così subentrargli. In altri termini, la sopravvivenza del sostituito, e il conseguente acquisto dell'eredità da parte sua, si pone come condizione risolutiva, al cui verificarsi si estingueranno gli effetti della prima istituzione. Su questa base, è plausibile ritenere che il primo istituito sia titolare di un diritto di proprietà eventualmente temporanea: destinato a venire meno — alla sua morte — solo eventualmente, purché il sostituito risulti ancora in vita.

([160]) Art. 697: "*Sostituzione fedecommissaria nei legati*. Le norme stabilite in questa sezione sono applicabili anche ai legati".

([161]) Stante, infatti, lo spostamento del *dies fideicommissi cedens* alla scadenza del termine, era necessario che il fedecommissario sopravvivesse all'onerato per potere acquistare il lascito. V. *retro*.

di erede recante la condizione risolutiva "se morirà senza discendenti", o "se morirà entro i diciotto anni", che, al di là delle inevitabili differenze, riflette il caso del fedecommesso sottoposto a condizioni del tipo *"si sine liberis decesserit"* o *"si intra quattuordecim annos decesserit"* ([162]); o, ancora, si pensi alla prescrizione di testare in favore di determinate persone, imposta al proprio erede, intesa come ipotesi di sostituzione fedecommissaria anche nel diritto romano, sempre a condizione che fossero coinvolti i soli *bona testatoris* ([163]).

Il tramandarsi di una fondamentale struttura di base, nel corso dei secoli, ha dunque garantito la continuità dell'istituto, al di là degli inevitabili mutamenti che lo hanno interessato.

Ciò può spiegare, in primo luogo, come mai la sua stessa denominazione sia rimasta intatta, e si parli ancora oggi di una sostituzione fedecommissaria: sebbene il fedecommesso, come si è più volte detto, non esista più, e il sostituito, chiamato dopo la morte del primo istituito, sia a sua volta un successivo erede del testatore.

In secondo luogo, è possibile comprendere, in questa luce, una evidente incongruenza nella formulazione dell'art. 692.

Si è infatti osservato che l'art. 692, sia nella versione originale contenuta nel c. c. 1942, sia alla luce della riforma intervenuta nel 1975, definisce la sostituzione fedecommissaria come "obbligo di conservare e restituire" dati beni alla morte. Si è visto però che tale definizione non corrisponde affatto alla disciplina odierna dell'istituto. Secondo l'attuale concezione, che ravvisa nella sostituzione fedecommissaria una duplice vocazione di erede, alla

---

([162]) Proprio perché simili disposizioni sembrerebbero mascherare una sostituzione fedecommissaria vietata, la dottrina e la giurisprudenza meno recenti si sono mostrate senz'altro propense a ritenerle illecite. Successivamente è prevalso un atteggiamento più cauto: in ogni caso si ammette l'indagine per verificare quale sia stata l'effettiva intenzione del testatore. Cfr. G. Azzariti, *La sostituzione fedecommissaria*, cit., 338 s.

([163]) Al riguardo, si è distinto a seconda che l'obbligo di testare riguardasse i beni lasciati dal testatore stesso, ovvero, genericamente, tutti i beni dell'erede al momento della morte. Nel primo caso, si integra una sostituzione fedecommissaria: infatti, si considera che il testatore – imponendo al proprio erede di testare in un certo modo rispetto ai beni da lui stesso ricevuti – abbia assegnato i beni medesimi alle persone indicate, dopo la morte del primo chiamato. Nel secondo caso, viceversa, la disposizione sarà nulla: perché il testatore, imponendo all'erede di testare in un certo modo rispetto a tutti i beni, anche personali, ne limita illecitamente la libertà di testare.

Anche nel diritto romano, in forza di un senatoconsulto di età imprecisata, una simile disposizione si traduceva in un fedecommesso da restituirsi dopo la morte, che imponeva di restituire alle persone designate i *bona testatoris* e dunque dava luogo ad una *substitutio verbis precariis*: D. 30, 114, 6 (Marc. 8 *inst.*); D. 36, 1, 18 (17) *pr.* (Ulp. 2 *fideic.*). Nella medesima direzione è stato pure interpretato il divieto di fare testamento, che in effetti equivaleva alla richiesta di rendere erede il successore legittimo: D. 36, 1, 76 (74) *pr.* (Paul. 2 *decr.*).

morte del primo istituito l'eredità si devolve automaticamente al sostituito, purché questi sia ancora vivente. Il primo istituito, dunque, non è affatto tenuto alla restituzione, in adempimento di una obbligazione; così come, del resto, non si può neppure configurare, a suo carico, un obbligo di conservare in senso proprio. Egli ha piuttosto un'assoluta indisponibilità rispetto ai beni oggetto della sostituzione, che non può validamente alienare, né gravare di pegno o ipoteca, senza le prescritte autorizzazioni.

Viceversa, il riferimento ad un "obbligo di conservare e restituire" appare senz'altro adeguato alla sostituzione fedecommissaria nel diritto romano. Il fedecommesso, che risiedeva alla base di tale sostituzione, aveva infatti efficacia essenzialmente obbligatoria: pertanto, non devolveva automaticamente i beni al sostituto-fedecommissario, ma obbligava l'erede onerato a restituirglieli dopo la morte.

L'obbligo di restituire tali beni presupponeva poi, implicitamente, anche l'obbligo di conservarli. Obbligo che peraltro, diversamente da quel che avviene ora, non impediva di disporne validamente; ma rendeva semmai l'erede onerato (o meglio, il suo successore) responsabile per inadempimento ([164]).

È perciò plausibile che la 'infelice' formulazione dell'art. 692 non sia semplicemente frutto di una stesura imprecisa. Essa dovrebbe riflettere una concezione tradizionale della sostituzione fedecommissaria, ricollegantesi al diritto romano, la quale non corrisponde più alla odierna fisionomia dell'istituto ma che, nella sua definizione essenziale, significativamente è stata riproposta.

ABSTRACT

Fideicommissum was added to heir's institution and legacy in Roman law. It is disappeared in modern codifications. However, its traces come to light in regulations regarding other figures that derive from it, such as "fiducia testamentaria" and fideicommissary substitution. Principal texts: Inst. 2, 23, 1; D. 22, 6, 9, 5-6 (Paul. *l. sing. de iur. et fact. ignor.*); P.S. 4, 3, 4; C. 6, 42, 2; D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*); Gai. 2, 277; D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*); art. 627 c.c. ital; art. 692 c.c. ital.

Il fedecommesso, che nel diritto romano si affiancava alla istituzione di erede e al legato, è scomparso dalle moderne codificazioni. Le sue tracce riaffiorano, però, nella disciplina di altre figure da esso derivate, quali la fiducia testamentaria e la sostituzione fedecommissaria. Fonti principali: Inst. 2, 23, 1; D. 22, 6, 9, 5-6 (Paul. *l. sing. de iur. et fact. ignor.*); P.S. 4, 3, 4; C. 6, 42, 2; D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*); Gai. 2, 277; D. 28, 6, 41, 3 (Pap. 6 *resp.*); art. 627 c.c. ital; art. 692 c.c. ital.

([164]) Nel diritto giustinianeo, tutt'al più, l'erede onerato era invitato a non disporne, giacché, se la sostituzione avesse avuto luogo, gli atti nel frattempo compiuti sarebbero stati posti nel nulla con efficacia retroattiva: v. *retro*. Anche nel diritto ultimo, dunque, gli eventuali atti di disposizione potevano invalidarsi solo a posteriori.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

DANIELE NEGRI

I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE DI PACE NEL PROCESSO PENALE (*)

SOMMARIO: 1. I poteri istruttori del giudice di pace tra direttive sistematiche e disciplina positiva. — 2. Gli oneri imposti alle parti nell'esercizio del diritto alla prova e i loro effetti sulle prerogative del giudice. — 3. La condizione secondo cui la prova da assumere d'ufficio va rinvenuta negli atti dell'istruzione dibattimentale. — 4. Gli spazi riservati all'iniziativa del giudice ai fini della dichiarazione di improcedibilità, dovuta a particolare tenuità del fatto, e di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie.

1. Quale rapporto condividano facoltà delle parti e poteri del giudice sul terreno della prova è questione tra le più facilmente esposte al pericolo di scivolare nell'indebita anteposizione, al dato normativo concreto, del modello processuale che si pretende volta a volta realizzato dalla legge o imposto da principi di rango superiore (1). Al tempo stesso, l'analisi storica e comparata degli ordinamenti processuali mostra come proprio il criterio di distribuzione delle prerogative istruttorie tra i diversi soggetti sia espressione e insieme misura, la più autentica ed esatta, del favore legislativo accordato all'uno piuttosto che all'altro sistema ideale per motivi d'ordine sia logico sia politico (2).

(*) È il testo, rielaborato e corredato di note, della relazione svolta nell'ambito del ciclo di "Incontri di formazione per i magistrati onorari in servizio e in tirocinio nel distretto della Corte d'appello di Venezia" (Padova, 16 novembre 2006). Nella stesura definitiva si è tenuto conto della posizione espressa, sull'argomento qui trattato, da Cass., sez. un., 17 ottobre-18 dicembre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007 (2), p. 78, la cui motivazione non era disponibile al momento della relazione.

(1) Critico, verso la tendenza a prescindere dal dato normativo per privilegiare invece il modello processuale come chiave di lettura delle singole disposizioni, P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 261.

(2) Sul ruolo rispettivamente attribuito a giudice e parti nella dinamica dell'accertamento penale, quale «nucleo essenziale della contrapposizione» tra sistema inquisitorio e accusatorio, v. per tutti G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio*

È sulla scorta di questa duplice consapevolezza che si può tentare una ricostruzione degli spazi di intervento probatorio, riservati al giudice di pace, né isolata dal contesto, né compromessa dal modello: la formula che descrive i presupposti per l'attivazione di tali poteri discrezionali, primo riferimento necessario, manifesta i limiti intrinseci ad ogni tecnica di redazione normativa e lascia perciò fatalmente margini di indeterminatezza semantica recuperabili attraverso l'opportuno richiamo alle scelte sistematiche di fondo.

Se allora, da un lato, l'esegesi dell'art. 32 co. 2 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, si giova degli autorevoli pronunciamenti giurisprudenziali da tempo intervenuti sull'identico testo dell'art. 507 co. 1 c.p.p. ([3]), dall'altro lato non vanno trascurate le caratteristiche peculiari del rito dinanzi al magistrato onorario; ragioni di un rinnovato interesse verso la tematica potranno emergere anche da più recenti obiezioni mosse all'indirizzo consolidato in base alla modifica dell'art. 111 Cost.

Una prima, ovvia considerazione vale rispetto al sistema processuale tipico del giudice di pace come per quello regolato dal codice: è la stessa presenza di una espressa disposizione attributiva di poteri istruttori d'ufficio ad escludere signorie assolute delle parti sull'accertamento penale ([4]). Si direbbe che, con l'inserimento dell'art. 32, il legislatore delegato abbia voluto fugare ogni dubbio derivabile al riguardo dalla mancanza di una specifica direttiva nella l. 24 novembre 1999, n. 468, dove, sebbene comparisse l'invito a tener conto della disciplina relativa al procedimento davanti al tribunale monocratico (art. 17), nessun cenno era tuttavia dedicato alla legittimità e ai limiti di un'autonoma iniziativa probatoria da affidare al giudice di pace. Circostanza, quest'ultima, nient'affatto innocua se si rammenta come, tra gli argomenti principali a sostegno dell'interpretazione più ampia dell'art. 507 c.p.p., figuri proprio l'inserimento nella delega all'attuale codice di procedura penale di un riferimento esplicito all'assunzione diretta di mezzi probatori ad opera del giudice (direttiva n. 73, l. n. 81 del 1987), previsione viceversa assente dai criteri della delega anteriore (l. n. 108 del 1974) e rivolta a temperare i caratteri più marcati del prescelto sistema accusatorio — come il tendenziale monopolio delle parti sulla prova — con una «visione più realistica» della funzione giurisdizionale ([5]).

(sistema), in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 2. Analizza le tensioni — che permeano anche l'*adversary system* angloamericano — tra le esigenze cognitive dei «giudici attivisti» e lo stile di accertamento dei fatti controllato dalle parti, il saggio di M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 111 s. e 193 s.

([3]) Si allude a Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280, le cui argomentazioni sono state poi riprese ed enfatizzate da Corte cost., sent. 26 marzo 1993, n. 111.

([4]) Una giusta puntualizzazione in tal senso viene da P.P. PAULESU, *Giudice e parti*, cit., p. 23 e 260.

([5]) Notevole peso è attribuito all'itinerario storico dei lavori preparatori alla riforma processuale penale, nell'interpretazione dell'art. 507 c.p.p., da Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit., e da Corte cost., sent. n. 111 del 1993.

Insieme ad altri fattori legati alla specialità del rito, quel silenzio della legge delega avrebbe anche potuto alimentare l'idea che l'art. 507 non rientrasse tra le disposizioni del codice di procedura penale «applicabili» nell'ambito della giurisdizione penale di pace, secondo la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 2 d.lgs. n. 274 del 2000; di qui, forse, lo scrupolo della normativa delegata nello stabilire che, «terminata l'acquisizione delle prove», pure il giudice di pace dibattimentale «può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova» ([6]). Una preoccupazione, quella di lasciar comunque sopravvivere l'iniziativa istruttoria del giudice, estesa all'ipotesi di acquisizione concordata al fascicolo dibattimentale di atti compiuti nella fase preliminare, a ribadire la contrarietà legislativa verso un tipo di accertamento penale demandato alla piena disponibilità delle parti ([7]). Anche in tal caso la l. n. 468 del 1999 appariva più incline a ridurre il ruolo del giudice di quanto non sarebbe poi stato il prodotto normativo delegato, giacché l'art. 17 lett. *l* prefigurava l'eventualità di deroghe alla prova orale senza porre condizioni ulteriori al «consenso delle parti»; bisogna inoltre ricordare come il rinvio sussidiario della delega alla disciplina del rito monocratico non sarebbe valso in quel momento a colmare la supposta lacuna, dato che il potere giudiziale di escutere la fonte della conoscenza acquisita sull'anteriore accordo delle parti venne introdotto nel codice di procedura penale con la successiva l. n. 479 del 1999: e soltanto pochi mesi dopo, il d.lgs. n. 274 del 2000 avrebbe finito con l'adeguare sotto questo profilo la giurisdizione di pace al rito maggiore ([8]).

2. Fin qui, più che altro, scorci di alternative solo potenziali alla fisionomia dell'intervento probatorio officioso, così com'è venuta consolidandosi nell'ambito del codice per essere poi trasferita pari pari sull'art. 32 co. 2 d.lgs.

([6]) Propensi ad escludere incertezze interpretative circa l'applicabilità dell'art. 507 co. 1 c.p.p. al rito del giudice di pace, quand'anche il d.lgs. n. 274 del 2000 non fosse intervenuto con una previsione esplicita, E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, in G. GIOSTRA-G. ILLUMINATI (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 296-297 (nonché ID., *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 3ª ed., Padova, 2006, p. 1094); L. FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in A. SCALFATI, *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 289; V. BONINI, *Commento all'art. 32 d.lgs. n. 274 del 2000*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, *Giudice di pace e processo penale*, Torino, 2002, p. 284.

([7]) Si veda al riguardo V. BONINI, *Commento all'art. 32*, cit., p. 285, secondo la quale «l'attribuzione al giudice dibattimentale della facoltà di disporre l'assunzione di prove acquisite cartolarmente su accordo delle parti esclude che si possa configurare un potere dispositivo tale da determinare una sorta di meccanismo di formazione del fatto pacifico».

([8]) Cfr. ancora V. BONINI, *Commento all'art. 32*, cit., p. 284.

n. 274 del 2000; ma tali possibilità mancate restano pure in qualche modo latenti nella procedura dinanzi al magistrato onorario, capaci almeno di suggerire l'approfondimento là dove ci si sarebbe fermati in superficie.

Per l'appunto, le massime giurisprudenziali riproducono nel nostro settore la nota posizione dominante già espressa a proposito dell'art. 507 c.p.p. ([9]), secondo la quale il giudice è legittimato ad assumere prove d'ufficio anche a prescindere dall'effettivo svolgimento di una istruzione dibattimentale su iniziativa delle parti, così da rimediare alle loro eventuali decadenze nell'esercizio delle attività probatorie e sino a supplire alla totale inerzia degli interessati: sebbene quest'ultimo caso costituisca una eccezionale patologia. Il parametro rigoroso della "assoluta necessità" degrada tuttavia a mera aspettativa il diritto delle parti all'ammissione della prova; ma soprattutto, l'esistenza della prova nuova deve comunque risultare dagli atti disponibili, altrimenti il giudice, assumendo l'iniziativa, finirebbe col perseguire soltanto una autonoma e diversa ipotesi di ricostruzione dei fatti, ciò che davvero risulterebbe dissonante con i canoni di un processo accusatorio ([10]).

Qualche argomento per ridimensionare, se non addirittura smentire in parte simili conclusioni, quando riferite alle prerogative del giudice di pace, può emergere anzitutto dalle ragioni più profonde che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità (quest'ultima invero con toni meno accentuati) pone a sostegno dell'interpretazione estensiva dell'art. 507 c.p.p., vale a dire la natura indisponibile dell'accertamento penale connessa all'importanza dei valori coinvolti e desunta dai principi di legalità e di obbligatorietà dell'azione: come tale, la giurisdizione penale non può ridursi a contesa privata, o, detto altrimenti, a mera risoluzione di un conflitto tra parti antagoniste.

Si potrebbe allora cominciare con l'osservare come, per precisa scelta sistematica, la maggior parte dei reati devoluti alla competenza del giudice di pace costituisca espressione tipica di modesti conflitti tra singoli soggetti privati, suscettibili di composizione attraverso forme di riparazione o risarcimento del danno recato a beni di natura strettamente personale. L'aspetto

---

([9]) Espressione di tale orientamento è Cass., sez. V, 20 settembre 2005, p.m. in c. Di Carlantonio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 31.

([10]) Queste, in sintesi, le affermazioni più significative contenute nelle sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, già citate alla nota n. 3 e ribadite da Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit. Nella vasta letteratura sull'argomento, rimane fondamentale il contributo di P. Ferrua, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in Id., *Studi sul processo penale*, III. *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 7 s. L'analisi dei ricordati capisaldi giurisprudenziali è stata sviluppata, da diverse angolazioni, nei più recenti studi monografici di H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie* ex officio, Torino, 2006, p. 157 s.; M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, p. 130 s.; P.P. Paulesu, *Giudice e parti*, cit., p. 260 s.

patrimoniale gioca qui un ruolo senza dubbio preminente, e, del resto, non solo la procedibilità a querela di tali fattispecie presuppone in sé una repressione penale nella disponibilità del titolare dell'interesse leso dall'illecito, ma, ancor più, il ricorso immediato della persona offesa, per il suo collocarsi alle soglie dell'azione penale privata, recupera da un passato che si credeva ormai tramontato una delle caratteristiche salienti del "puro" processo di parti ([11]), incrinando il monopolio pubblico dell'accesso alla giurisdizione e il connesso postulato della pertinenza rigidamente statuale dell'interesse protetto dalla norma penale ([12]).

Sono tutti caratteri, questi, che connotano in senso spiccatamente accusatorio ed agonistico almeno uno dei due "volti" associabili al rito del giudice di pace; vedremo come all'altro, quello "mite" della rinuncia al processo e alla pena, si adattino esiti differenti della questione sui poteri istruttori d'ufficio. Intanto però, se sviluppato sino alle estreme conseguenze, il primo aspetto sembra capace di indebolire i fondamenti della tesi più permissiva al riguardo, così da sospingere verso una interpretazione stretta degli spazi di autonomia probatoria consentiti al magistrato onorario. La loro ampiezza risulta infatti dalla pressione che, nella logica dei pesi e contrappesi, sono in grado di esercitare, da un lato, tutta la fase prodromica riservata alle attività di parte, dall'altro, l'orizzonte della decisione finale sulla regiudicanda e gli equilibri complessivi legati al sistema delle impugnazioni.

Senza approfondire troppo quest'ultimo versante del fenomeno, basterà notare quanto il giudice di pace possa essere indotto ad attivarsi nell'assunzione della prova dalla consapevolezza che l'eventuale proscioglimento dell'imputato, specie se riconducibile alla negligenza di un rappresentante occasionale e impreparato della pubblica accusa, non sarà appellabile nemmeno al sopravvenire di elementi decisivi per la condanna ([13]). Allo stesso modo, un largo impiego dei poteri istruttori d'ufficio si potrà verificare in virtù della tutela processuale oggi riconosciuta, tramite la modifica dell'art. 606 lett. *d* c.p.p., anche alle richieste di prova contraria presentate «nel corso

---

([11]) Un più approfondito esame del fenomeno accennato nel testo si può leggere in D. NEGRI, *Commento all'art. 21 d.lgs. n. 274 del 2000*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, *Giudice di pace*, cit., p. 196 s.

([12]) Su questi aspetti, cfr. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 10.

([13]) Ritiene inapplicabile alla giurisdizione di pace l'art. 593 co. 2 c.p.p., che, dopo le modifiche apportate dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, condiziona l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento all'esistenza di un *novum* probatorio (nel frattempo è però intervenuta Corte cost., sent. 6 febbraio 2007, n. 26), P. SECHI, *In tema di appellabilità delle sentenze di proscioglimento emesse dal giudice di pace* in *Giur. it.*, 2006, p. 2155, alla quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

dell'istruzione dibattimentale», appunto sotto forma di sollecitazione dell'iniziativa giudiziale ([14]). Ma ancor prima, l'esigenza di superare ogni ragionevole dubbio circa la colpevolezza dell'imputato, ai fini della condanna, sembra proporsi quale fattore di stimolo per il giudice a completare l'accertamento non coltivato sino in fondo dal pubblico ministero.

In direzione opposta, nel senso cioè di ridurre le opportunità di un intervento giudiziale, agisce l'insieme organizzato di facoltà ed oneri che la legge assegna alle parti per lo sviluppo della loro strategia probatoria, sia in vista sia nel corso della fase dibattimentale; al riguardo va subito messo in evidenza il maggiore impegno preteso nel procedimento penale regolato dal d.lgs. n. 274 del 2000, rispetto al rito del codice, quanto alla completa e tempestiva indicazione delle fonti probatorie di cui si chiede l'ammissione ([15]). Se il requisito manca o risulta insufficiente, ne derivano la nullità della citazione a giudizio formulata dal pubblico ministero (art. 20 lett. *c*) e l'inammissibilità del ricorso immediato promosso dalla persona offesa (art. 21 lett. *h*) quali atti deputati a tale adempimento; la cui funzione, si noti ancora, non è tanto quella retrospettiva di avvalorare il fondamento dell'azione con i dati acquisiti durante la fase preliminare; né si esaurisce in un mero prepararsi all'attività dibattimentale scoprendo le carte, alla stregua delle liste testimoniali; ma risiede nel doveroso esercizio anticipato del diritto alla prova, sotto forma di richiesta già attuale e non solo programmata di ammissione della stessa ([16]).

Una simile configurazione degli oneri di parte, diversa da quella tipica del codice di procedura penale, ha conseguenze assai rilevanti per il nostro tema.

([14]) Mentre si era fin qui affermato come «anche in relazione al processo innanzi al giudice di pace, la mancata assunzione di una prova decisiva — quale motivo di impugnazione per cassazione — potesse essere dedotta solo in relazione ai mezzi di prova dei quali sia stata chiesta formalmente l'ammissione, e non nel caso di invito al giudice ad avvalersi dei poteri di cui all'art. 32 d.lgs. 274/2000» (Cass., sez. IV, 28 novembre 2003, p.m. in c. Collina, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 89).

([15]) Nel senso che, «in un giudizio che impone severi oneri di indicazione dei mezzi di prova nella redazione degli atti introduttivi, la necessità del ricorso ai poteri officiosi del giudice dovrebbe porsi in termini di reale residualità», v. già E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., p. 297. Diversa l'opinione di V. BONINI, *Commento all'art. 32*, cit., p. 285, convinta dell'«assoluta omogeneità dei poteri probatori del giudice di pace dibattimentale rispetto a quelli riconosciuti al giudice togato dall'art. 507 c.p.p., rispetto al quale la copiosa ed autorevole elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dovrebbe garantire il superamento delle questioni interpretative che eventualmente si porranno all'attenzione del magistrato onorario».

([16]) La differenza con i requisiti della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto che dispone il giudizio, disciplinati dagli artt. 417 lett. *c* e 429 co. 1 lett. *d* c.p.p., è ben colta da S. RUGGERI, *Commento all'art. 20 d.lgs. n. 274 del 2000*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, *Giudice di pace*, cit., p. 186. Nell'art. 20 lett. *c*, d.lgs. n. 274 del 2000, si allude, d'altronde, alle fonti di prova di cui «si chiede l'ammissione», non alle persone di cui le parti «intendono chiedere» l'esame, come negli artt. 468 e 555 c.p.p.

Il relativo controllo preliminare demandato allo stesso giudice di pace, suscettibile di condurre ad una declaratoria di invalidità dell'atto d'impulso processuale, rappresenta difatti uno strumento indiretto utile a prevenire talune di quelle situazioni che rendono propizio (o meglio, secondo l'indirizzo dominante, necessario) l'esercizio dei poteri d'ufficio a norma dell'art. 507 c.p.p.: in particolare, l'assenza totale di iniziativa probatoria in chi promuove il giudizio diverrebbe una patologia rimediabile anticipatamente sul piano formale, così da evitare di trovarsi poi a doverla risolvere con effetti sostanziali a dibattimento ormai aperto, tramite l'attivazione dei poteri contemplati dall'art. 32 co. 2 d.lgs. n. 274 del 2000. Essi resteranno dunque meglio confinati nella fisiologia e potranno servire a colmare soltanto quelle lacune probatorie che dovessero riguardare temi estranei all'imputazione, come la sussistenza di circostanze attenuanti o le questioni intorno alla misura della pena, temi verosimilmente trascurati nel corso delle indagini preliminari e, d'altra parte, privi di rilievo nella delibazione sulla sostenibilità dell'accusa in giudizio: donde, l'esonero dall'allegazione diretta delle fonti di prova corrispondenti nell'atto di *vocatio in iudicium* e la possibilità di una loro indicazione successiva con il deposito delle liste di cui all'art. 29 co. 2 d.lgs. n. 274 del 2000 ([17]).

Della ricostruzione appena proposta occorre tuttavia considerare anche i limiti, dovuti alla natura estrinseca, e perciò altamente fallibile, della verifica preliminare sull'adeguatezza del contributo probatorio annunciato nell'atto di esercizio dell'azione penale o nel ricorso della persona offesa dal reato; inconveniente al quale bisogna poi aggiungere alcune carenze strutturali delle procedure in questione. Se è vero, infatti, che le fattispecie da devolvere al giudice di pace sono state selezionate anche sul presupposto di una loro rapida e agevole possibilità di accertamento, va altresì rilevata l'assenza di meccanismi, come l'avviso di conclusione delle indagini e l'udienza preliminare ([18]), idonei ad assicurare un passaggio al dibattimento sorretto dalla

---

([17]) Per una convincente ricostruzione di questo delicato profilo, v. E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., p. 282; nonché ID., *Procedimento penale*, cit., p. 1080 e 1090. Non si deve ritenere, infatti, che la "sufficienza" dell'indicazione delle fonti di prova, nell'atto di citazione a giudizio o nel ricorso, coincida con la copertura in ampiezza di tutti i temi di prova rilevanti per l'accertamento del fatto contestato (art. 187 c.p.p.). Altro infatti è la valutazione sulla invalidità dell'atto introduttivo per mancata o insufficiente allegazione; altro la valutazione sull'ammissibilità delle iniziative probatorie: la prima serve ad evitare l'esercizio dell'azione penale a fronte di una notizia di reato infondata, insomma ad evitare imputazioni apodittiche; la seconda alla piena *discovery* nei confronti della controparte.

([18]) Le esigenze di celerità e di massima semplificazione che ispirano il procedimento penale dinanzi al giudice di pace hanno portato la Corte costituzionale (ord. 28 giugno 2004, n. 201) a considerare come «garanzia incongrua» la prospettata estensione a tale rito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-*bis* c.p.p.).

completezza degli elementi acquisiti nella fase anteriore e suscettibili poi di tradursi in un quadro probatorio compiuto; il difetto è ancor più evidente quando l'impulso al processo venga dalla vittima del reato, dato che la presentazione del ricorso, per l'appunto «immediato», non è preceduta da alcuna indagine preliminare e la narrativa in esso contenuta, con le fonti di prova a corredo, è tale dunque da sottoporsi ad una valutazione in chiave di mera verosimiglianza dell'addebito penale ([19]).

Si capisce allora come, nel caso di attori inaffidabili o poco avveduti, il dibattimento rischi di diventare non tanto la fase deputata all'assunzione delle prove già individuate, quanto un'occasione supplementare per la loro stessa ricerca, nella quale il giudice di pace finirebbe quasi certamente compromesso. L'antidoto sembra ancora una volta rinvenibile tra le implicazioni sistematiche del rito speciale. In particolare, il magistrato onorario dovrebbe astenersi da iniziative officiose ogni qual volta l'assunzione delle prove richieste dal pubblico ministero e dalla persona offesa con i rispettivi atti d'impulso riveli la totale inconsistenza (o, addirittura, l'inesistenza) di ciascun mezzo a suo tempo proposto, giacché quel percorso istruttorio formalizzato all'esordio dai promotori del giudizio si configura come un vincolo il cui superamento equivarrebbe ad inoltrarsi in una ricostruzione alternativa dei fatti incompatibile con un processo di parti. Detto altrimenti, il giudice verrebbe a sanzionare a posteriori, con il diniego di supplenza istruttoria, un'accusa avventata o pretestuosa che sarebbe dovuta cadere *ex ante* sotto la declaratoria di invalidità dell'atto di citazione a giudizio e del ricorso immediato per mancanza o insufficienza delle prove addotte a sostegno, se solo l'adempimento formale avesse lasciato trasparire la fragilità dell'effettivo contenuto sostanziale.

3. Conviene ora riprendere la precisazione forse di maggiore interesse, per i suoi risvolti sistematici e insieme concreti, tra quelle contenute nelle pronunce giurisprudenziali più autorevoli sull'art. 507 c.p.p., benché a dire il vero essa non vi risulti adeguatamente sviluppata. Si allude alla necessità che la prova da assumere d'ufficio, oltre ad avere un potenziale valore decisivo, emerga dagli stessi atti del giudizio. Di qui l'importanza di chiarire quali attività processuali si prestino ad informare legittimamente il giudice circa la presenza di fonti conoscitive ulteriori: è l'appoggio più solido nel tentativo di tracciare il confine, nitido in linea di principio quanto nebuloso nella prassi applicativa, tra potere istruttorio esercitato d'ufficio ma nell'ambito delle prospettazioni di parte e formulazione di un'ipotesi alternativa ad opera del giudice.

([19]) Così, E. MARZADURI, *Procedimento penale*, cit., p. 1085: il sindacato volto a stabilire se è giustificato l'avvio del processo, previsto dall'art. 25 d.lgs. n. 274 del 2000, non riguarda l'infondatezza, ma ha come parametro la "manifesta" infondatezza della *notitia criminis*.

Ogni proposito di contenere entro limiti fisiologici la propria sfera d'intervento sarebbe tuttavia inutile se il giudice di pace, come spesso accade nella quotidiana esperienza forense, sacrificasse l'esposizione introduttiva delle parti ad una male intesa esigenza di semplificazione processuale ([20]); l'argomentazione orale delle parti sulla strategia perseguita con le rispettive richieste istruttorie assicura quella completa e vivida esposizione dei temi di prova che, non ottenibile attraverso le precedenti allegazioni cartolari ([21]), pone argini robusti all'invenzione giudiziale di un'autonoma ipotesi ricostruttiva ([22]). Barriere non però da sole sufficienti.

Concorre per l'appunto allo scopo la condizione — messa in piena luce dall'ordinanza della Corte costituzionale n. 328 del 1999 ([23]) — che il giudice tragga gli elementi di valutazione necessari a disporre la prova soltanto dallo svolgimento dell'istruzione dibattimentale, senza possibilità di accedere liberamente al fascicolo delle indagini preliminari: è appena il caso di sottolineare come, per le ragioni viste, nel procedimento dinanzi al giudice di pace tale soglia vada arretrata in corrispondenza della *vocatio in iudicium* su impulso del pubblico ministero e del ricorso immediato della persona offesa, atti in sé già rilevanti ai fini dell'esercizio del diritto alla prova.

Nell'occasione, tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto di aggiungere alle proprie affermazioni di principio un'apertura verso le esigenze dell'attività persuasiva di parte, la quale ci fa toccare il limite estremo di tenuta della separazione funzionale tra le fasi processuali istituita a salvaguardia del metodo orale nella raccolta delle prove: l'ammissibilità dell'eventuale esibizione dell'atto, inserito nel fascicolo del pubblico ministero, ad iniziativa di chi sollecita l'intervento istruttorio d'ufficio, esibizione bensì diretta a corroborare l'istanza, ma anche idonea a rivelare al giudice una conoscenza che, pur non direttamente utilizzabile, gli sarebbe dovuta comunque rimanere preclusa ([24]).

([20]) Si erano espressi in tal senso, invece, sia GIUS. AMATO, *Dibattimento snello ma senza riti alternativi*, in *Guida dir.*, 2000 (38), p. 117; sia D. BATTISTA, *Obiettivi del giudizio, la conciliazione la riparazione e il risarcimento danni*, in *Dir. giust.*, 2000 (33), p. 59.

([21]) Valorizza questo aspetto, E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., p. 292.

([22]) Si condividono, al riguardo, le osservazioni di R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 2ª ed., Torino, 2005, p. 17: «l'iniziativa ufficiale del giudice va mantenuta all'interno dei temi di prova esplicitamente evocati da accusa e difesa nelle rispettive esposizioni introduttive o in successive argomentazioni svolte nel dibattimento. In altre parole, il giudice non può avvalersi dell'art. 507 per individuare temi di prova ulteriori rispetto a quelli indicati dalle parti».

([23]) Corte cost., ord. 20 luglio 1999, n. 338.

([24]) Una dinamica analoga ed egualmente pericolosa si riscontra nella possibilità per il giudice (o il presidente del collegio) di ordinare l'esibizione del verbale servito a muovere contestazioni durante l'esame, al fine di valutare la correttezza delle stesse, secondo quanto dispone l'art. 499 co. 6 c.p.p.

Intorno a questi rilievi era auspicabile ruotasse l'ulteriore approfondimento della questione (25), mentre su di essa si registra da ultimo un intervento della Corte di cassazione a sezioni unite che conferma l'orientamento espresso nella fondamentale pronuncia del 1992, senza nemmeno più accennare all'emersione della prova dagli atti del dibattimento quale presupposto minimo del potere istruttorio *ex* art. 507 c.p.p. (26). Quasi un paradosso per quegli interpreti che, dopo la revisione dell'art. 111 Cost., si attendevano il ripudio della tesi consolidata sul ruolo sostitutivo e non solamente integrativo del giudice, abilitato ad assumere prove non richieste anche nel caso di totale inerzia delle parti (27); aveva dunque ripreso quota l'orientamento opposto e minoritario, che subordina l'iniziativa officiosa alla sussistenza di almeno un principio di prova scaturito dall'attività di parte (28).

La scelta ormai netta del legislatore costituzionale a favore del contraddittorio tra le parti nella formazione della prova e la chiara affermazione del principio di imparzialità del giudice erano sembrati, ad un settore della giurisprudenza, in grado di completare il percorso verso la piena attuazione dei caratteri considerati salienti del sistema accusatorio, lasciato incompiuto dalla riforma processuale del 1989 (29); si ricorderà, difatti, come proprio l'assenza di solide premesse costituzionali ad una visione del processo quale contesa dialettica tra parti in posizione di reciproca parità, a fronte invece dell'obbligo perentorio di perseguire e punire le condotte penalmente rilevanti (artt. 25 co. 2 e 112 Cost.), avesse portato a individuare nell'esegesi riduttiva dei poteri istruttori d'ufficio un «ostacolo» irragionevole all'ottenimento di una decisione «giusta» in quanto sorretta da una ricostruzione dei fatti il più possibile completa o, secondo la concezione allora prediletta dalla Corte costituzionale, doverosamente ispirata allo scopo «primario» della «ricerca della verità» (30).

---

(25) Rileva G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova*, cit., p. 97, come l'affermazione secondo cui il valore dimostrativo delle prove da assumere deve imporsi con evidenza in base agli atti, «sebbene ineccepibile», resti soltanto teorica, dato che «lascia insoluto il problema del fondamento dell'integrazione probatoria nel caso limite di totale mancanza dell'istruttoria dibattimentale».

(26) Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit.

(27) La natura suppletiva dei poteri *ex* art. 507 c.p.p. è sostenuta, tra le decisioni più recenti, da Cass., sez. IV, 30 marzo 2005, Cacciatori, in *CED Cass.* n. 231726.

(28) In tal senso, Cass., sez. V, 27 aprile 2005, p.m. in c. Canzi, in *CED Cass.* n. 232156.

(29) Un'ampia disamina degli indirizzi giurisprudenziali e dei motivi dell'attesa inversione di tendenza, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., è contenuta nel recente provvedimento di rimessione della *quaestio* controversa alle Sezioni unite della Corte di cassazione: Cass., sez. VI, ord. 13 giugno 2006, Greco, in www.dirittoegiustizia.it (quotidiano del 24.10.2006).

(30) Così, Corte cost., sent. n. 111 del 1993.

Era tuttavia prevedibile che la recente pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite non ritenesse il quadro normativo mutato a tal punto da legittimare la disponibilità assoluta dell'accertamento in capo alle parti, una volta osservato come la direttiva costituzionale sulla «formazione» della prova in contraddittorio riguardi essenzialmente il modo dialettico di assumere le dichiarazioni dalla fonte conoscitiva e non implichi affatto il monopolio delle parti sulla fase anteriore di ammissione dell'apposito mezzo. Al contempo, legittimare la completa supplenza del giudice nel momento di ingresso della prova significa negare lo stesso presupposto sistematico di quel fondamentale criterio di metodo, giacché, se esso esige un soggetto decidente ignaro del materiale acquisito nella fase investigativa, non si vede come la condizione possa essere rispettata quando l'attività istruttoria d'ufficio non muova da alcuna preliminare informazione di parte compatibile con la distinzione tra i fascicoli processuali. Soprattutto, allora, ci si sarebbe atteso l'abbandono dell'argomento che riconduce alla indisponibilità dell'azione penale il potere giudiziale di sostituirsi ad un pubblico ministero completamente inerte, visto anche il mutato indirizzo della Corte costituzionale sulla questione più generale del rapporto tra oralità e scrittura dopo la riforma all'insegna del "giusto processo", questione risolta considerando gli odierni limiti all'uso dibattimentale degli atti d'indagine coerenti con i principi costituzionali, e in particolare, tra essi, con il parametro stabilito dall'art. 112 Cost. ([31]).

Nel processo davanti al giudice di pace è patologia eccezionale solo fino ad un certo punto, del resto, la totale mancanza di istruzione dibattimentale dovuta a negligenza del pubblico ministero, se si pensa come l'acquisizione di una conoscenza indispensabile o al limite dell'unica prova disponibile, ma sufficiente ad un accertamento di responsabilità spesso semplice, possa risultare impedita da ragioni materiali o giuridiche sfuggite ad un incauto rappresentante dell'accusa, assai di rado, peraltro, reclutato tra i magistrati di professione. I repertori suggeriscono molteplici casi adattabili al nostro, dove l'apertura del tema da dimostrare risulta o diviene priva di sostegno probatorio, senza che la parte interessata neppure stimoli l'esercizio del potere istruttorio giudiziale illustrando quali dati già emersi in dibattimento ne costituiscano la premessa.

Si pensi, per esempio, ad un atto d'indagine considerato erroneamente irripetibile e che, come tale, si riteneva di poter acquisire al dibattimento

---

([31]) Si veda, specialmente, Corte cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 36. Vero è che un rinvio ai «*dicta* emanati da questa Corte nella sentenza n. 111 del 1993» fa capolino nella recente ord. 10 marzo 2006, n. 92, relativa ad una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 507 c.p.p. «nella parte in cui autorizza il giudice a disporre nuove prove anche in deroga alle decadenze previste dall'art. 468 c.p.p.», ma si tratta di una poco impegnativa pronuncia di manifesta inammissibilità dovuta a contraddittorietà del *petitum* del giudice remittente.

tramite lettura ([32]); oppure all'affidamento nella futura assunzione di una prova, più tardi rivelatasi impossibile a causa della contraria volontà legittimamente espressa dalla fonte: è il caso, tra gli altri, del prelievo coattivo di campioni biologici nell'ambito di una perizia, dopo il diniego del soggetto passivo ([33]); e lo stesso vale per la facoltà di astenersi dal deporre esercitata dal prossimo congiunto dell'imputato, magari apparso inizialmente propenso a testimoniare. La relativa questione attiene alla possibilità per il giudice, benché nulla risulti dagli atti a sua disposizione, di interrogarsi sull'esistenza in natura di prove fungibili rispetto a quelle svanite e di disporne l'eventuale acquisizione (ad esempio, il sequestro di alcuni oggetti personali appartenenti a chi rifiuta il prelievo, nella ragionevole speranza di trovarvi tracce fisiologiche); la soluzione sembra in tal caso negativa, non appena si consideri come l'iniziativa istruttoria fuoriesca dall'ipotesi di parte per tradursi nell'autonoma ricerca delle fonti di prova necessarie, come risulta chiaro dallo stesso atteggiamento mentale del giudice, più simile a quello di un investigatore.

Speculare l'ipotesi dell'atto suscettibile di lettura, quando però la parte interessata non formuli allo scopo nessuna richiesta. Qui occorre distinguere a seconda che si tratti di un verbale già inserito nel fascicolo del dibattimento, oppure di un atto ancora custodito in quello del pubblico ministero. Nell'un caso l'esistenza della prova risulta direttamente al giudice e, d'altronde, la lettura d'ufficio gli è consentita anche a prescindere dai limiti fissati nell'art. 32 co. 2 d.lgs. n. 274 del 2000, in virtù della specifica disciplina riconducibile all'art. 511 c.p.p. ([34]); nell'altro caso, invece, all'esercizio di un analogo potere manca il presupposto giuridico e sostanziale, ossia la richiesta di parte — necessaria a norma degli artt. 512 s. c.p.p. — tendente a dimostrare il realizzarsi di una situazione che legittima il recupero probatorio dell'atto, ma idonea, prima ancora, a rendere nota la stessa presenza del medesimo. Di fronte all'irripetibilità sopravvenuta della prova addotta dalla parte, al giudice resterà dunque inibito di promuovere una verifica circa la possibilità di

---

([32]) È, ad esempio, il caso deciso da Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit., relativo ad una "relazione di servizio" della polizia giudiziaria, contenente la descrizione delle circostanze di tempo e di luogo in cui è stata acquisita la *notitia criminis*.

([33]) Sulla questione si è pronunciata Cass., sez. IV, 12 luglio 2004, Improta, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3395, affermando la legittimazione del giudice a disporre perquisizioni domiciliari e sequestri, in luogo del prelievo coattivo, anche in assenza di richiesta del pubblico ministero e senza attivazione preventiva del contraddittorio tra le parti.

([34]) Si veda, da ultimo, H. Belluta, *Imparzialità del giudice*, cit., p. 144, il quale sottolinea come la facoltà di disporre la lettura d'ufficio non sia «l'espressione di un vero e proprio potere istruttorio del giudice», né si traduca «in un supplemento o in una etero-integrazione di dati in grado di travalicare i limiti tematici tracciati dalle parti».

colmare in altro modo la lacuna, grazie alla lettura dell'eventuale atto corrispondente ([35]): quest'ultimo sarebbe anzitutto da ricercare in un fascicolo inaccessibile all'organo decidente.

Il caso della querela costituisce una variante particolare ai limiti dell'esempio precedente, nient'affatto però marginale nel sistema della giurisdizione di pace. Se circostanze sopravvenute e imprevedibili rendessero impossibile assumere la testimonianza del titolare dell'interesse leso dal reato, alla quale erano affidate le sorti dell'accusa, il dilemma sulle prerogative istruttorie del giudice in difetto di apposite istanze di parte dovrebbe tener conto di un profilo ulteriore, rappresentato dalla possibilità di leggere anche d'ufficio il contenuto dichiarativo della querela all'unico fine di accertare l'esistenza della condizione di procedibilità (art. 511 co. 4 c.p.p.). Ne deriva che l'inserzione materiale della querela nel fascicolo del dibattimento non autorizza per ciò solo a considerarla base idonea a legittimare un potere suppletivo da esercitarsi d'ufficio ([36]); prevale infatti la *fictio iuris* a tutela della separazione funzionale tra le fasi processuali, che impone al giudice di comportarsi come se non possedesse quella iniziale conoscenza e di astenersi pertanto dalla lettura dell'atto nella sua componente narrativa, ove nessuna parte la solleciti.

Due situazioni, infine, sono tipiche del processo affidato al magistrato onorario. Diversamente dal tribunale e dalla corte d'assise, costui ha una conoscenza incidentale, sia pure di fatto, potenzialmente estesa a tutti gli atti della fase preliminare, poiché il fascicolo del dibattimento si forma davanti a lui nell'udienza di comparizione (art. 29 co. 7 d.lgs. n. 274 del 2000). La contestualità spazio-temporale tra questo adempimento e l'attività probatoria in senso stretto favorisce una commistione assai più nociva all'imparzialità del giudice di quanto non sia, per il suo carattere circoscritto ed episodico, la contesa sulla natura ripetibile o meno di un determinato atto insorta durante le questioni preliminari (art. 491 co. 2 c.p.p.); non a caso, almeno nel rito ordinario regolato dal codice tale conflitto è arretrato al momento di chiusura dell'udienza preliminare, davanti ad un giudice legittimato a conoscere ogni precedente acquisizione probatoria.

Il condizionamento psicologico del giudice di pace è dunque innegabile, e gli sarà pertanto difficile resistere alla tentazione di sviluppare in autonomia una pista scorta nel materiale d'indagine. Un primo freno può allora venire dall'applicazione rigorosa della disciplina sulle modalità formative del fascicolo dibattimentale, la quale prevede l'invito del giudice rivolto alle parti

---

([35]) Di contrario avviso è D. POTETTI, *L'art. 512 c.p.p. fra richiesta della parte e iniziativa del giudice* ex *art. 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 883.

([36]) Così, Cass., sez. VI, 14 aprile 2003, Grillo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 874; *contra*, però, Cass., sez. V, 18 giugno 2004, Matera, *ivi*, p. 3396.

affinché indichino — esse — gli atti da inserire: lungi dall'autorizzare la visione preventiva del dossier o un'ingerenza prevaricatrice nell'operazione selettiva, con la cernita mediata dall'impulso di parte la norma tende a recuperare all'organo giudicante quel minimo di distacco mentale necessario a rinsaldare i cardini del sistema accusatorio. Il secondo e definitivo limite al potere istruttorio del giudice risiede ancora una volta nel difetto di legittimazione, poiché la conoscenza degli atti rimasti nel fascicolo del pubblico ministero non ha comunque carattere ufficiale e, non derivando perciò formalmente dall'istruzione dibattimentale, neppure come sollecitazione di parte, è inidonea ad avviare iniziative probatorie *ex* art. 32 co. 2 d.lgs. n. 274 del 2000.

L'argomento vale a maggior ragione per l'altro inconveniente strutturale preannunciato, relativo all'ipotesi ricostruttiva che il giudice dovesse trarre dalle dichiarazioni informali rese dalle parti durante la procedura di conciliazione (art. 29 co. 4 d.lgs. n. 274 del 2000); se la mediazione fallisce, ne segue il divieto d'uso delle conoscenze così ottenute ai fini della «deliberazione» conclusiva, ma la regola d'esclusione va meglio riferita ad ogni possibile valorizzazione processuale di quanto appreso in quella sede "protetta", compreso lo spunto alla raccolta officiosa di prove.

4. Un discorso sensibilmente diverso va tenuto circa l'ampiezza dei poteri istruttori del giudice di pace conforme alle peculiari modalità di definizione alternativa del processo, modalità regolate dagli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274 del 2000; con una premessa: chiedersi quale autonomia competa al giudice, in questo particolare ambito, ha un senso purché si prenda sul serio l'esigenza di accertare in concreto i presupposti di operatività degli istituti considerati, nella consapevolezza di come proprio qui la prassi rischi di accontentarsi, in nome di una facile deflazione processuale, di valutazioni superficiali se non addirittura intuitive riguardo alla sussistenza dei requisiti legali.

I marcati tratti accusatori che abbiamo visto connotare il rito nel suo sviluppo ordinario, sia pure intorno al risalto dato alla funzione conciliativa del giudice di pace, lasciano il posto ad un più accentuato bisogno di iniziativa probatoria d'ufficio quando si profili l'eventualità di chiudere il processo dichiarando l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie o l'improcedibilità dovuta alla particolare tenuità del fatto. La ragione sta in ciò, che difficilmente il soggetto promotore dell'accusa si prepara a dimostrare in giudizio, oltre ai fatti relativi all'imputazione, quei temi esclusivamente necessari alla definizione alternativa del processo.

Donde, il probabile manifestarsi in dibattimento di lacune istruttorie rimediabili anche dal giudice, stavolta però a favore dell'imputato. Qui davvero l'intervento d'ufficio può supplire ad una difesa inconsapevole degli specifici strumenti a disposizione, come si addice alla vocazione non repressiva della giurisdizione di pace; mentre nello svolgimento processuale ordinario l'analogo potere, esercitato di fronte all'inerzia di entrambe le parti,

comporta in realtà che il giudice, invece di assolvere l'imputato, assuma su di sé l'onere della prova spettante a chi accusa ([37]).

Più nel dettaglio, l'opportunità di compiere d'ufficio una verifica *pro reo* può nascere dal dubbio sulla idoneità di certi comportamenti riparatori a soddisfare le esigenze retributive e preventive legate alla sanzione penale, quando la vittima del reato non riconosca simile attitudine al contegno effettivamente tenuto dall'imputato fuori udienza e si ostini perciò a manifestare il proprio intento punitivo; l'ascolto di soggetti ulteriori, presenti all'attività risarcitoria accanto ai protagonisti diretti (l'art. 35 co. 4 d.lsg. n. 274 del 2000 ne suggerisce almeno uno: l'ufficiale di polizia giudiziaria o l'operatore del servizio sociale), servirà a fare piena luce sull'atteggiamento concreto e l'impegno personale dell'autore, così da superare l'eventuale opposizione della persona offesa alla declaratoria di estinzione del reato.

Sollecitazioni maggiori provengono dal meccanismo che esclude la procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto. La scelta normativa di non qualificare tale ipotesi come causa di non punibilità riflette la *ratio* sottostante di agevolare una rapida uscita dalla vicenda processuale; e la stessa componente teleologica dell'istituto, che unisce la depenalizzazione in concreto alla tutela dal pregiudizio individuale patito con la soggezione al processo, porta ad individuare nell'archiviazione l'esito preferibile: ma appunto l'avvenuto passaggio al dibattimento, dopo l'esercizio dell'azione penale, implica che l'ipotesi di esiguità del fatto sia stata trascurata oppure esclusa durante la fase preliminare; a maggior ragione, è improbabile che le indagini si spingano a verificare situazioni estranee all'oggetto principale del giudizio, come le condizioni di salute, sociali e familiari dell'imputato, fattori tuttavia rilevanti per l'applicazione dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 ([38]).

In tal caso, la ricerca della prova sugli aspetti rimasti inesplorati si trasferisce al dibattimento, dove sembra coerente con il volto "mite" del giudice di pace ammettere l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio non appena gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, da accertare ai fini sia della responsabilità sia dell'improcedibilità, indichino come praticabile quest'ultima soluzione alternativa, perché il danno o il pericolo derivante

---

([37]) Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit., presenta i poteri *ex* art. 507 c.p.p. quale strumento per evitare condanne ingiuste, osservando, tra l'altro, come sia «statisticamente più significativa la percentuale di difensori negligenti che non utilizzano tutti gli strumenti a disposizione per un'efficace difesa dei loro assistiti», rispetto al numero dei pubblici ministeri che omettono di depositare la lista testi. Sembra tuttavia sufficiente replicare, con G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 96, che «solo l'accusa è destinata a soccombere nel caso in cui manchi qualunque acquisizione probatoria».

([38]) Segnala tale inconveniente, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 251.

dal reato appare esiguo e basso il grado di colpevolezza dell'imputato ([39]); solo che imputato e persona offesa non si oppongano, il giudice sarebbe così autorizzato ad imprimere una decisa accelerazione verso la declaratoria di improcedibilità e a ricercare di propria iniziativa, allo scopo, i dati necessari al vaglio circa la natura occasionale dell'illecito e alla prognosi di incompatibilità tra esigenze di vita e sottoposizione dell'individuo al processo.

ABSTRACT

Following the Constitutional Court and Cassation Court case law, the Author describes amplitude and limits of justice of the peace powers concerning evidence in criminal trial, drawing a distinction based on the double nature of the proceedings in front of the lay judge: if usually accusatorial and adversarial threats of criminal trial have to reduce autonomous judicial power as far as evidence is concerned, the use of alternative proceedings legitimates a stronger influence of the judge in assuming evidence, but that time always in order to help the defendant's position.

Sulla scorta degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, l'autore ricostruisce ambito e limiti del potere istruttorio d'ufficio del giudice di pace nel dibattimento penale e perviene ad una distinzione basata sulla duplice natura del procedimento dinanzi al magistrato onorario: mentre di regola i connotati spiccatamente accusatori ed agonistici del rito dovrebbero rendere marginali gli spazi di iniziativa probatoria riservati al giudice, quando si tratta di definire il processo attraverso modalità alternative il "volto mite" del giudice di pace legittima un suo più ampio potere istruttorio, a favore però dell'imputato.

([39]) Nel senso che l'accertamento della responsabilità costituisce il presupposto implicito della clausola di esiguità del fatto, v. C. Cesari, *Le clausole*, cit., p. 268 s. L'impegno analitico, nel delineare il substrato degli elementi normativi in questione, caratterizza la trattazione di S. Quattrocolo, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, p. 286 s.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

GIOVANNI TUZET

PRAGMATICA DELL'INDETERMINATO (*)

Nous n'avons ni vrai ni bien qu'en partie,
et mêlé de mal et de faux
(Pascal)

1. — *Il problema dell'indeterminatezza*.

Come è da più parti riconosciuto, uno dei maggiori problemi del ragionamento giuridico e del giudizio non è tanto nell'inferenza della conclusione dalle premesse, ma nella determinazione delle premesse stesse. Della premessa maggiore – la norma, o il principio di giudizio – e della premessa minore – il fatto accertato. Di tale determinazione si può rendere conto in termini inferenziali. Della ricostruzione fattuale si può rendere conto in termini di modello ipotetico-deduttivo (1); oppure si può ritenere che si tratti essenzialmente di un'abduzione e in senso più ampio di un'inferenza alla migliore spiegazione, in cui, dagli effetti conosciuti vengono inferite le cause sconosciute (2). Della premessa maggiore si può

(*) Una precedente versione di questo lavoro è stata presentata nel XII Seminario Italo-spagnolo di Teoria del diritto (Salamanca, settembre 2006); per i commenti a tale versione ringrazio Hernán Bouvier, Damiano Canale, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Jordi Ferrer, Riccardo Guastini, Francesca Poggi. Di alcuni scambi ringrazio inoltre Baldassare Pastore e Claudio Luzzati. La presente versione, tradotta in spagnolo da Miguel Angel Rodilla, è in corso di pubblicazione in J.M. Pérez Bermejo e M.A. Rodilla (a cura di), "Jurisdicción, Intepretación y Sistema Jurídico. Actas del XII Seminario Italo-Español de Teoría del Derecho", Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

(1) Così Comanducci (2000); cfr. Ferrajoli (1989), Ferrer (2004).

(2) Cfr. CP 5.272-276, 2.624, 7.162-255; Harman (1965), Josephson (2001), Schum (2001), Tuzet (2004) e (2005).

rendere conto in termini di inferenza a partire da una disposizione e da direttive interpretative ([3]); o ancora si può notare che la ricerca della norma o del principio rilevante è un processo analizzabile in termini di classificazione del fatto, in cui, dai caratteri del fatto viene inferita la sua connotazione giuridica, ossia che il fatto rientra nella denotazione di un certo concetto giuridico ([4]). Ma il problema è il seguente: tale determinazione delle premesse è operata sulla scorta di concetti giuridici che per propria natura sono astratti e non corrispondono esattamente alle fattispecie concrete che intendono regolare. Questo scarto è alla base del fenomeno dell'*indeterminatezza del diritto* ([5]). Con tale espressione può intendersi in generale l'impossibilità di distinguere in modo preciso i casi che rientrano nella denotazione di un concetto giuridico dai casi che non vi rientrano. A dire il vero, nel dibattito recente si sono designati con tale espressione fenomeni e problemi spesso differenti, che vanno dall'incompletezza dell'ordinamento giuridico alla sua incoerenza o incongruenza, dalla politicità delle decisioni giudiziali alla loro imprevedibilità, dalla vaghezza semantica del linguaggio giuridico alla vaghezza ontologica delle entità cui il linguaggio giuridico si riferisce ([6]). In questo lavoro, al fine di evitare fraintendimenti, distingueremo prima il senso logico-semantico di 'determinazione' dal suo senso metafisico-causale (§ 2); poi accenneremo all'accezione ontologica in cui si può parlare di indeterminatezza (§ 3); passeremo quindi ad analizzare, riferendoci a Peirce, una strategia pragmatica di riduzione dell'indeterminatezza logico-semantica (§ 4); poi ci concentreremo sull'indeterminatezza giuridica (§ 5); infine ci chiederemo se tale strategia pragmatica possa valere per la riduzione dell'indeterminatezza giuridica (§ 6) e trarremo alcune conclusioni di quanto detto (§ 7).

Nell'analisi del problema l'approccio adottato sarà naturalmente descrittivo, ma nel valutare se e quale strategia pragmatica possa affrontarlo non risparmieremo alcune considerazioni prescrittive. Si notino ancora due punti prima di cominciare l'analisi. Primo, che in particolare non ci occuperemo del fenomeno della *vaghezza pragmatica*, ma della *riduzione pragmatica*

([3]) Cfr. Comanducci (2000), Barberis (2003, cap. V), nonché Chiassoni (1999, cap. III).

([4]) Tecnicamente, può trattarsi di un'inferenza deduttiva o abduttiva a seconda delle proprietà logiche di tali caratteri, se cioè siano o meno condizioni necessarie e sufficienti per l'applicazione del relativo concetto giuridico. Cfr. W1: 180, 266 ss., 362, 430 ss.; W3: 323-338; Thagard (1978), Kaufmann (2001), Tuzet (2003) e (2004).

([5]) In letteratura si trovano sia i termini 'determinatezza' e 'indeterminatezza' sia i termini 'determinazione' e 'indeterminazione'; tendenzialmente useremo i primi per riferirci a *proprietà* logiche e i secondi per riferirci alle *operazioni* logiche che vi sono legate.

([6]) Cfr. ad es. Solum (1996), Redondo (1997), Endicott (2000), Ródenas (2001).

della vaghezza ([7]). Secondo, che il fenomeno dell'indeterminatezza del diritto si presenta come una minaccia al *principio di legalità* ([8]). Se infatti l'impossibilità di distinguere in modo preciso i casi che rientrano nella denotazione di un concetto dai casi che non vi rientrano si traduce nell'impossibilità di distinguere in modo preciso i casi a cui una certa norma o principio si applica da quelli a cui non si applica, il giudizio su tali casi rischia di essere arbitrario. Cercheremo di vedere se e in quale misura una strategia pragmatica di riduzione dell'indeterminatezza possa allontanare tale minaccia.

2. — *L'indeterminatezza logica e le sue implicazioni*.

Oggi la letteratura sull'indeterminatezza e in particolare sulla vaghezza ha raggiunto un volume ingente, ragion per cui cercheremo di limitare la nostra analisi all'indeterminatezza secondo Charles S. Peirce (1839-1914). Questa scelta non è priva di ragioni: all'inizio del secolo scorso egli ha contribuito a far nascere un interesse intorno a tali tematiche – seppur non abbia compiutamente formulato una "logica del vago" ([9]) – ma nella letteratura contemporanea il suo contributo ricco di implicazioni filosofiche non riceve a nostro avviso un'adeguata attenzione.

Le prime considerazioni di Peirce intorno al tema sono di natura logica. In senso metafisico il verbo 'determinare' significa causare, o causare necessariamente; mentre in senso logico la determinatezza e l'indeterminatezza sono *proprietà logiche dei termini*, cui corrispondono certe *operazioni* logiche e linguistiche suscettibili di un'analisi pragmatica. I primi scritti di Peirce intorno alla determinatezza e all'indeterminatezza rimangono legati alle questioni logiche che vi sono implicate, pur senza tralasciare di suggerirne le implicazioni filosofiche ([10]); in seguito egli ne sviluppa un'analisi pragmatica, poggiata sulla nozione di atto linguistico e capace di articolare il problema dell'indeterminatezza alla dinamica linguistica e comunicativa. Distinguerà a tale proposito due forme di indeterminatezza: *vaghezza* e *generalità*. In sintesi, a suo avviso, *vaghezza* è quella forma di indeterminatezza che può essere ridotta solo dall'enunciante; *generalità* è quella forma di

---

([7]) Sul fenomeno della vaghezza pragmatica (distinta dalla vaghezza semantica), cfr. Endicott (2000, p. 32).

([8]) Benché, come vedremo, la vaghezza non sia priva di pregi; cfr. Endicott (2005).

([9]) Sulla "logica del vago" e i suoi discussi profili si può vedere Engel (1989, cap. X). Un'opera importante e nota è Haack (1974); cfr. Haack (1978). Più di recente, cfr. Williamson (1994).

([10]) In W1 si trovano non pochi spunti, ma cfr. in particolare *Upon Logical Comprehension and Extension*, del 1867, in W2: 70-86.

indeterminatezza che può essere ridotta (anche) dall'ascoltatore. Cercheremo di presentare tali questioni logiche per passare in un secondo momento all'analisi pragmatica dell'indeterminatezza, che riveste una più diretta importanza per il presente lavoro.

La determinazione, per dirlo nel modo più semplice, è l'operazione che predica un termine di un altro, affermativamente o negativamente. Di conseguenza la determinatezza così come l'indeterminatezza è una proprietà logica dei termini risultante da tali operazioni. Ad esempio, in CP 6.623 (1868) Peirce distingue un senso *logico* e un senso *ordinario* di indeterminatezza. Per il senso ordinario, un'espressione è indeterminata se ha più significati. Per il senso logico, un termine è indeterminato rispetto a un altro se il secondo non può essere né universalmente affermato né universalmente negato del primo. Si prendano ad esempio i termini 'animale' e 'uomo': non si può dire che qualsiasi animale sia un uomo né che nessun animale lo sia; dunque, il termine 'animale' è indeterminato rispetto al termine 'uomo'.

Le espressioni invalse nell'uso contemporaneo a caratterizzare le proprietà dei termini che qui ci interessano sono quelle di *estensione* e *intensione*, o *denotazione* e *connotazione*. La predicazione determina l'estensione del predicato e l'intensione del soggetto (cfr. W1: 277, 288; 1865). L'estensione o denotazione di un termine è ciò di cui il termine può essere predicato (Socrate, Platone, ecc. per il termine 'uomo'), mentre l'intensione o connotazione è ciò che si predica del termine (animale, razionale, ecc. per il termine 'uomo'). Peirce tende a usare le espressioni *estensione* e *comprensione* (cfr. W2: 70-86, 1867) o rispettivamente *larghezza* (*breadth*) e *profondità* (*depth*) (cfr. W1: 459 ss., 1866) ([11]), ma non sembra esservi una significativa differenza concettuale fra esse e le espressioni invalse ([12]). La *larghezza* di un termine è ciò di cui il termine può essere predicato; la *profondità* è ciò che può essere predicato del termine (W3: 98, 1872) ([13]). Detto altrimenti, la larghezza di un termine è ciò che il termine *nomina* e la sua profondità è ciò che il termine *significa* (CP 5.471).

([11]) Fra l'estensione e la comprensione vale un rapporto di proporzionalità inversa: maggiore è l'una, minore è l'altra. A meno di non considerare una terza grandezza, l'*informazione* (W1: 465; W2: 78 ss.): vi può essere un aumento dell'estensione o della comprensione senza una diminuzione dell'altra qualora sia aumentata l'*informazione* – se ad esempio vengono conosciuti degli ulteriori caratteri di una classe già definita, aumentano l'informazione e la comprensione ma non diminuisce l'estensione.

([12]) Ma cfr. Penco (2004, pp. 72-74) per il senso carnapiano di estensione e intensione (definite tramite la nozione di mondi possibili).

([13]) Cfr. W1: 272, del 1865: la comprensione di un termine è data dal suo significato e la sua estensione dagli oggetti cui si applica.

Le relazioni fra queste proprietà logiche dei termini sono molteplici e suscettibili di un'analisi che può raggiungere degli elevati livelli di complessità. A titolo di esempio, in CP 6.625 (1868) Peirce rileva che un termine è più determinato di un altro allorché la comprensione del secondo è una parte e solo una parte di quella del primo e viceversa l'estensione del primo è una parte e solo una parte dell'estensione del secondo (come fra 'torta ai mirtilli' e 'torta': il primo termine ha un'estensione minore del secondo, ma una comprensione maggiore; 'torta ai mirtilli' è più determinato di 'torta'). A parte le complessità, la determinazione è in generale l'operazione che accresce la comprensione di un termine diminuendone l'estensione (cfr. CP 2.428), come avviene se il termine 'cavallo' è specificato in 'cavallo nero' (o 'torta' in 'torta ai mirtilli').

Si noti che l'indeterminatezza spiega la composizionalità dei concetti. Due concetti possono comporsi in un terzo – come l'essere (a) un uomo e l'essere (b) ricco, possono comporsi nell'essere (c) un uomo ricco. Sia (a) che (b) sono concetti indeterminati in qualche loro aspetto (*in some respect or another*) e la loro composizione in (c) procura la vicendevole determinazione (CP 4.572, 1906). Analogamente, una proposizione condizionale è costituita da parti che si determinano a vicenda ([14]).

Infatti Peirce osserva che c'è una sorta di continuità fra predicato, proposizione e inferenza ([15]): per ogni predicato c'è una proposizione possibile e per ogni proposizione c'è un'inferenza possibile – anzi potremmo dire che il *senso* di tali entità sta proprio in tale sviluppo. Benché non possa esservi inferenza senza proposizioni né proposizione senza termini, i termini non hanno senso allo stato "isolato". Il termine 'uomo' non avrebbe senso se non potesse formarsi la proposizione che lo predica di un soggetto, e questa non avrebbe senso se non potesse fare parte di inferenze come quella che dal fatto che Socrate è un uomo e che ogni uomo è mortale conclude che Socrate è mortale.

Ora, tutte le forme di indeterminatezza sono equivalenti? Niente affatto: se ne possono distinguere forme diverse e più o meno problematiche. Una delle distinzioni più note è quella fra *vaghezza* e *ambiguità*: un'espressione è vaga se non consente di per sé un'interpretazione determinata, mentre è ambigua se consente più interpretazioni determinate e alternative ([16]). Detto altrimenti: c'è vaghezza se c'è incertezza sull'interpretazio-

---

([14]) "The Antecedent is a Sign which is Indefinite as to its Interpretant; the Consequent is a Sign which is Indefinite as to its Object. They supply each the other's lack" (CP 4.572).

([15]) Cfr. Chauviré (1995, pp. 194, 209).

([16]) Cfr. Guastini (1993, pp. 350-355) su vaghezza e ambiguità in ambito giuridico, che sono considerate rispettivamente proprietà del riferimento e del senso dei predicati. Ma si può sostenere che il riferimento è indeterminato perché il *senso* è vago.

ne, mentre c'è ambiguità se c'è incertezza fra più interpretazioni determinate e alternative. Ma la vaghezza si distingue anche dalla *genericità*: chi considera che la vaghezza consista in imprecisione del significato, ritiene che un'espressione "è vaga quando i confini del suo campo di applicazione non sono chiaramente segnati; è generica quando si riferisce indiscriminatamente a molte situazioni diverse" ([17]). Ad esempio: 'animale' è generico rispetto a un uomo, un cane, un armadillo o altro ancora; 'veicolo' è vago rispetto a un monopattino.

A sua volta la vaghezza si distingue in tipi diversi, come *vaghezza di grado* e *vaghezza combinatoria*. La prima sorge dall'impossibilità di discriminare minuscole variazioni lungo una data dimensione quantitativa (ad esempio, non esiste un capello decisivo perdendo il quale si diventa calvi). La seconda sorge invece dall'impossibilità di stabilire quali siano le proprietà "essenziali", o definitorie, da cui dipende l'applicazione di un termine (ad esempio, non è possibile stabilire quali siano le proprietà essenziali di un veicolo).

Fra le forme di indeterminazione, la presenza di "casi limite" (*borderline cases*) è tipica della vaghezza. Si può ritenere infatti che la vaghezza sia la forma più problematica di indeterminazione. Secondo l'analisi pragmatica che ne propone Peirce e su cui verremo, è tale giacché in senso pragmatico solo l'enunciante può offrire i mezzi per ridurre la vaghezza di un enunciato vago. Secondo le concezioni che la intendono come imprecisione di significato, è problematica per la presenza di tali "casi limite" o altrimenti detti "incerti" oppure "oscuri" ([18]). Nel dibattito contemporaneo, inoltre, si è sostenuto che la vaghezza comporta uno scacco per il principio logico di *bivalenza*, vale a dire il principio secondo cui una proposizione sensata è vera o falsa in modo determinato ([19]). Infatti, di una proposizione vaga non è certo quali stati di cose comprenda e quali escluda; pertanto non è possibile determinarne con certezza le condizioni di verità. Di conseguenza, oltre a costituire una difficoltà per la logica tradizionale, il vago si pone come problema in campo pratico, giacché l'impossibilità di determinare delle definite condizioni di verità sembra implicare l'impossibilità di predicare il vero o il falso di enunciati e asserzioni rilevanti per le nostre deliberazioni pratiche ([20]). Ma nella dimensione pragmatica dell'interazione comunicati-

---

([17]) Luzzati (1990b, p. 140). Cfr. Luzzati (2006b). La concezione della vaghezza come imprecisione di significato si può rintracciare anche in alcuni passaggi di Peirce, come CP 4.344 o la voce *Vague* in Baldwin (1902, p. 748).

([18]) Che poi l'analisi pragmatica e l'analisi in termini di imprecisione di significato comportino due concezioni compatibili della vaghezza rimarrà da approfondire in altra sede.

([19]) Cfr. Dummett (2001, p. 131; 1986, cap. 4).

([20]) "Si la logique est une théorie générale des signes, chargée d'en déterminer les

va, come vedremo, può trovarsi una soluzione al problema della vaghezza, o quantomeno possono trovarsi le modalità per una sua *riduzione*.

Tornando a Peirce, la vaghezza può essere analizzata anche in termini *semiotici*, secondo la sua generale concezione per cui un segno si costituisce in una relazione *triadica* i cui elementi, oltre al segno stesso, sono l'oggetto designato e l'interpretante (cfr. CP 1.339, 1.540, 2.92, 8.343): un segno ha una vaghezza estensionale se sono indeterminati gli oggetti che esso designa, mentre ha una vaghezza intensionale se sono indeterminati i suoi interpretanti; in una proposizione il soggetto riduce il vago estensionale del predicato e il predicato riduce il vago intensionale del soggetto ([21]). Nella misura in cui questo è possibile la vaghezza non è un ostacolo alla conoscenza: è al contrario una sua condizione. Per comprenderlo si può riprendere, in termini semiotici, la *massima pragmatica* di Peirce ([22]): come in generale i segni ricevono determinazione e significazione attraverso i loro interpretanti, la massima pragmatica – considerata l'atto di nascita del pragmatismo filosofico – richiede di determinare la significazione di un concetto tramite i suoi effetti concepibili e praticamente rilevanti (CP 5.402). Inoltre, proprio la conoscenza rivela al suo livello più elementare una forte indeterminatezza: vi è nella sensazione e nella percezione un'irriducibile vaghezza, non tutti i dettagli di quanto è percepito ci sono presenti, anzi sono più spesso i soli tratti generali ad essere presenti ([23]). Conosciamo per segni, e i segni hanno sempre un margine di indeterminatezza. Lo stesso vale per i livelli più complessi e sofisticati della conoscenza (si consideri l'es. della carta geografica, che può essere vera e rappresentativa pur astraendo da un grandissimo numero di dettagli – CP 5.329, 1869).

Ciò che Peirce non smette di sottolineare è che nessun segno può essere assolutamente preciso, così come nessuna cognizione può esserlo ([24]). Detto

---

conditions de vérité et de sens, elle doit résoudre le problème suivant: comment parvenir à une théorie correcte de l'assertion, qui nous permette de progresser dans la connaissance et la vérité, tout en tenant compte de ce fait que la connaissance passe entièrement par la forme des signes, lesquels sont par nature indéterminés" (Tiercelin 1993, p. 275). Sul principio di *bivalenza* come principio semantico e sul principio del *terzo escluso* come principio sintattico, cfr. Engel (1989, pp. 165-166); sul principio di bivalenza e il vago, cfr. Engel (1989, pp. 172, 273-275); sul principio di bivalenza in Peirce, v. Misak (1998, pp. 415-418).

([21]) Chauviré (1995, p. 16).

([22]) Cfr. Chauviré (1995, pp. 81, 110). Si noti che qui l'aggettivo 'pragmatica' significa qualcosa come 'relativa agli effetti pratici' e si tratta di un senso distinto da quello utilizzato generalmente in questo scritto, vale a dire 'relativa all'interazione fra parlanti'.

([23]) Sul vago della sensazione, v. ad es. W2: 390 (1870), CP 7.376 (1902); cfr. Tiercelin (1993, cap. 3 sul vago della sensazione e cap. 5 sulla semiotica del vago).

([24]) "No cognition and no Sign is absolutely precise, not even a Percept; and indefiniteness is of two kinds, indefiniteness as to what is the Object of Sign, and indefiniteness as to its Interpretant, or indefiniteness in Breadth and in Depth" (CP

altrimenti, nessun termine è assolutamente determinato, né assolutamente indeterminato. Un termine *assolutamente indeterminato* non v'è, poiché un siffatto termine non significherebbe nulla; ovvero, per dirlo altrimenti, potrebbe applicarsi a qualsiasi cosa e non sarebbe di alcuna informatività ([25]). E neppure v'è un termine *assolutamente determinato*, poiché anche un termine dalle numerose determinazioni è sempre suscettibile di ulteriori distinzioni logiche e fenomeniche (cfr. W2: 390, nonché CP 3.93, 5.506): 'Filippo di Macedonia' è suscettibile di distinzione in 'Filippo sobrio' e 'Filippo ebbro' ([26]). Questa concezione dell'indeterminatezza, si osservi, è opposta a un riduzionismo atomistico per cui sarebbero identificabili i costituenti primi della realtà.

> A logical atom, [...] like a point in space, would involve for its precise determination an endless process. We can only say, in a general way, that a term, however indeterminate, may be made more determinate still, but not that it can be made absolutely determinate (W2: 390, 1870).

Anche i nomi propri, per il primo Peirce, sono termini che designano delle classi:

> even the proper name of a man is a general term or the name of a class, for it names a class of sensations and thoughts. The true individual term the absolutely *this* and *that* cannot be reached. Whatever has comprehension must be general (W1: 460, 1866).

4.543, 1906).

([25]) Cfr. Tiercelin (1993, p. 278). Contro l'idea che il diritto sia radicalmente indeterminato, cfr. Solum (1996, pp. 491-492), nonché Endicott (2000, cap. 2).

([26]) Ma Peirce aggiunge che il termine 'Filippo' può essere comunque detto individuale poiché ciò che esso denota può essere 'only one place at one time'. Che questa aggiunta sia convincente è dubbio: se vale il principio per cui anche il reale è indeterminato (§ 3 del presente scritto), non vi è modo di circoscrivere l'oggetto individuale denotato dal termine (cfr. infatti la nota 8 in W2: 390-391; cfr. anche W3: 84 e 235). Cfr. la soluzione proposta da Forster (2003, p. 532): "Peirce agrees that there is a legitimate distinction to be made between singular and general terms – the former denote objects that can be in only one place at a time, the latter do not [...]. His point is that this difference concerns the nature of the objects denoted and not the logical properties of the terms used to refer to them. Singular terms denote individuals numerically speaking but since their denotation is divisible [Filippo sobrio e Filippo ebbro], they function as general terms do and are not of a different logical kind".

E fra le determinazioni di un termine, si potrebbe aggiungere, ve ne sono alcune che non è gratuito riconoscere come inessenziali, ed altre da cui non si riesce a prescindere. Che Filippo di Macedonia sia sobrio o ebbro non sembra essenziale alla definizione di Filippo. Certo Michele III l'Ubriaco, Imperatore d'Oriente (842-867), senza essere stato sovente in stato d'ebbrezza non sarebbe stato Michele III l'Ubriaco, immaginiamo: ma questo è un caso in cui la proprietà *è divenuta* essenziale.

Considerato dunque che quanto percepiamo e pensiamo è di natura generale, così come è generale quanto esiste, Peirce ne conclude la verità del *realismo scolastico*, secondo cui, semplificando, i termini generali designano qualcosa di reale (W2: 390-391, nota 8; CP 8.7-38) ([27]). Ma dopo il 1885 Peirce ammetterà che certi segni, gli *indici*, possono mostrare un'entità individuale senza tuttavia descriverla – la descrizione implicherebbe l'applicazione di predicati a tali entità, e dunque la loro connotazione (comprensione) in termini generali (W5: 111, 162-190; CP 8.41). Ciò significa che gli indici sono segni assolutamente indeterminati? Niente affatto, poiché se fossero tali potrebbero applicarsi a qualsiasi cosa e perderebbero la capacità di denotare un'entità individuale anziché un'altra.

Si noti inoltre che l'ideale di una determinazione assoluta o il più esatta possibile è in tensione con un'epistemologia fallibilista ([28]) e può essere a detrimento di una ricerca – per spreco di tempo ed energie oppure, potremmo dire, per *inflazione dell'informazione*. Con un esempio giuridico, quando i testimoni oculari convengano sulla responsabilità del soggetto più alto e non di quello più basso, a chi interesserebbe una determinazione esattissima delle due altezze? Ed è scorretta l'equiparazione di certezza ed esattezza: può essere più certo l'inesatto dell'esatto ([29]).

Per riassumere le analisi logiche e semiotiche di Peirce, si può dire che ogni termine non è né assolutamente determinato né assolutamente indeterminato. Perciò, diremmo, l'indeterminatezza non deve essere vista né come un vizio del linguaggio che si possa completamente eliminare né come una prigione da cui sia impossibile uscire. A diversi gradi l'indeterminatezza affetta qualsiasi espressione linguistica; quello che si può fare è ridurla, non eliminarla. Peirce presenterà una strategia pragmatica per la sua riduzione, ma prima di vederla in dettaglio ci sia consentito un breve riferimento alle sue considerazioni sulla vaghezza come carattere della realtà.

3. — *L'indeterminatezza reale*.

È stato sostenuto da alcuni filosofi che l'indeterminatezza non è un carattere esclusivamente linguistico o logico. Anzi, secondo alcuni, esso è linguistico o logico in quanto ontologico, cioè nella misura in cui la vaghezza o la generalità del linguaggio rispecchia la vaghezza o la generalità del reale.

([27]) Sul realismo scolastico di Peirce vedi Boler (1963).

([28]) CP 2.75: "there is nothing at all in our knowledge which we have any warrant at all for regarding as absolute in any particular".

([29]) "It is easy to speak with precision upon a general theme. Only, one must commonly surrender all ambition to be certain. It is equally easy to be certain. One has only to be sufficiently vague" (CP 4.237).

Un realista sugli universali, ad esempio, rende conto ontologicamente della generalità di certi predicati come 'uomo'. Oppure, concentrandoci sulla vaghezza, si potrebbe dire che certi predicati come 'rosso' sono vaghi poiché sono tali certi caratteri o proprietà delle cose. Con una formula si potrebbe dire, in questa prospettiva, che *il vago è reale poiché il reale è vago*. Se in generale la filosofia contemporanea ha recepito il discorso sulla vaghezza logico-semantica, non altrettanto può dirsi però del discorso sulla vaghezza ontologica, che rimane limitato ad alcuni autori, fra cui Peirce ([30]).

Il *colore* è un carattere realmente vago ad esempio – e per le nostre intuizioni è quello più facilmente riconoscibile come tale. Si consideri la vaghezza delle sfumature e il *continuo* nel passaggio fra un colore e un altro: non vi è un punto in cui il rosso cessa di essere tale e diviene arancio ([31]). Proprio a partire dai predicati osservazionali Claudine Tiercelin ha sottolineato che in Peirce il vago non rileva solo di una dimensione linguistica e semantica.

> Il fait partie intégrante de notre connaissance, dans la mesure où celle-ci commence avec l'observation, et que la plupart de prédicats observationnels sont vagues. Allons plus loin: non seulement il faut parvenir à une analyse du vague des prédicats, mais l'on doit aussi prendre conscience du fait que le vague est peut-être bien un constituant authentique de la réalité, bref, que nous ne sommes pas entourés d'objets précis, mais d'objets vagues. Il paraît donc évident que toute analyse du vague, que ce soit pour l'admettre ou pour le refuser à titre de phénomène irréductible, repose sur certains présupposés concernant la signification, la nature et le rôle de la logique, les liens entre la logique et l'ontologie, la nature de la connaissance et de la vérité ([32]).

Un altro esempio di vaghezza ontologica considerato da Peirce è quello delle *classi naturali*: esse sono non meno reali che in continuità l'una con l'altra, di modo che non è possibile tracciare fra esse un confine preciso ([33]).

([30]) Si può segnalare in anni recenti un dibattito sui presunti oggetti vaghi, come ad es. una montagna: vedi Tye (1990); cfr. Varzi (2001, cap. 6), (2005a) e (2005b).

([31]) "Le vague tient donc ici à ce que le réel se présente sous la forme d'un continuum, et que l'on a affaire à tous les problèmes bien connus des sorites, des cas limites, cas bordures et ensembles flous" (Tiercelin 1993, pp. 316-317). Cfr. ad esempio CP 4.344, 5.261, 5.291.

([32]) Tiercelin (1993, pp. 259-260).

([33]) Una classe è la totalità degli oggetti che soddisfano una certa descrizione – "the total of whatever objects there may be in the universe which are of a certain description" (CP 1.204; 1902). Le classi naturali, sostiene Peirce, si definiscono in vista di un fine che l'evoluzione assegna loro, per quanto vago sia, ma di fatto si possono confondere l'una nell'altra – "truly natural classes may, and undoubtedly often do merge into one another inextricably (CP 1.209). Perciò è impossibile tracciare una netta demarcazione fra esse, ma per questo non cessano di essere reali – "it may be quite impossible to draw a sharp line of demarcation between two classes, although they are real and natural classes in strictest truth" (CP 1.208).

Qui tuttavia non approfondiamo questo aspetto della vaghezza; ne rileviamo solo una conseguenza per il predicato 'vero'.

Si noti che se il linguaggio è vago così come il reale è vago e continuo, non è ingiustificato parlare di *gradi di verità*. Infatti, se una proposizione non può rappresentare in maniera assolutamente determinata il proprio oggetto – *a fortiori* se è un oggetto ontologicamente indeterminato – nessuna proposizione può essere detta "assolutamente vera". Ogni proposizione ha dunque un margine di "non-verità" ([34]). Ma come distinguere le proposizioni ampiamente false e quelle più che altro false da quelle che hanno solo un margine di non-verità, un margine irriducibile di indeterminatezza e che possiamo considerare praticamente vere? Diversi logici hanno proposto dei formalismi per catturare e precisare queste intuizioni, ma nessuno ha saputo suscitare un adeguato consenso ([35]). Eppure non si vede ragione, stanti queste premesse, per non ammettere la possibilità teorica di "graduare" la verità. (Non si confondano peraltro il grado di credenza nella verità di una proposizione e il grado di verità della proposizione). Consideriamo le seguenti proposizioni:

(I) Napoleone era un grande generale
(II) Napoleone era un buon combattente
(III) Napoleone era un discreto soldato
(IV) Napoleone era un grande pittore.

Possiamo convenire che (I) sia vera e che (IV) sia falsa. Ma (II) e (III) pongono dei problemi: non sembrano del tutto vere ma neppure del tutto false. Se ci limitiamo a predicarne la verità o la falsità *sic et simpliciter* abbiamo l'impressione di forzarne il significato. Possiamo dire di (II) che è "vera ma non troppo"? O di (III) che è "abbastanza falsa"? Possiamo trovare una risposta grazie a una concezione della verità che potremmo chiamare *asimmetrica* ([36]) e secondo cui *allo stesso fatto* corrispondono *più enunciati* genericamente veri fra i quali alcuni sono più veri di altri?

([34]) Cfr. W4: 490, del 1883: "in all mathematical reasoning we do not merely distinguish the true & the false, lumping all that is not true in one distinguishable mass as thought it were equally valueless, but we recognize that though a proposition be false it may have a certain value if it is not *very* false, – and indeed whenever continuity comes in, and here alone the mathematical logic is fully developed, no real proposition is exactly true, – so that the question is *how* false a proposition is". Cfr. in W5: 166 la *metric conception* della verità, cioè la concezione per cui ogni proposizione è più o meno falsa. – Cfr. le analoghe formalizzazioni riportate in Engel (1989, pp. 265-268).

([35]) Cfr. Haack (1974, cap. 3); Luzzati (1999) e (2006a).

([36]) Ci permettiamo di rinviare a Tuzet (2006, § 58).

Qui non sappiamo dare delle risposte. Ci limitiamo a ricordare che dal punto di vista logico il problema tocca il principio del terzo escluso (in altri termini il principio di bivalenza), messo in discussione dal continuo.

> The principle of excluded middle says nothing which is not true. But a logic, erected on that principle which cares not how little a statement errs so long as it is not exact truth, must be characterized by great poverty, in that it is inadequate to explaining any reasoning about quantity, and inasmuch as it adopts a point of view which must make almost every one of our judgments, – all those that refer to continuity – false (W4: 493, del 1883; cfr. W4: 490).

Deve dunque procedersi a una *graduazione* della verità? Si potrebbe replicare che il principio del terzo escluso è comunque mantenuto dicendo che ogni proposizione è vera o falsa al grado x. Ma in virtù del continuo è sempre possibile un'ulteriore determinazione di x e dunque una terza possibilità? E se nessuna proposizione fosse esattamente vera, sarebbe forse imbarazzante ma del tutto conseguente ammettere che ogni proposizione è in qualche misura, ancorché minimale, *falsa*.

4. — *La strategia pragmatica di riduzione dell'indeterminatezza.*

Se il vago è reale, ciò che due parlanti possono fare non è certamente ridurre o eliminare la vaghezza ontologica, ma prenderne o meno atto e adeguarvi o meno il linguaggio. Ciò che invece possono fare indipendentemente dallo statuto ontologico della vaghezza, è ridurre l'indeterminatezza del linguaggio ([37]).

Ci si può chiedere innanzitutto rispetto a quale proprietà logica dei termini si ponga più seriamente il problema dell'indeterminatezza. Si pone più seriamente rispetto all'estensione di un termine dal momento che la semantica di un predicato come 'calvo' è riconosciuta più facilmente di quanto si riconosca quali individui sono calvi e quali non lo sono? O rispetto alla sua intensione dal momento che questa riverbera chiaramente sull'estensione del termine stesso, che in quanto intensionalmente indeterminato non indica precisamente di cosa può predicarsi? In ambito giuridico si tratta di un problema ben noto. Non solo riguarda le nozioni giuridiche meno definite come le cd. clausole generali, quali ad esempio il buon costume o la buona fede, ma anche nozioni più definite come ad esempio lo stato di

---

([37]) Sulla pragmatica del linguaggio e le teorie pragmatiche del significato cfr. Bianchi (2003) e (2001). Si noti che nel presente scritto il termine 'pragmatica' rinvia più alla dialettica fra parlanti che alla dipendenza contestuale.

necessità, la legittima difesa, il consenso estorto con violenza o carpito con dolo. Quali caratteri definiscono una nozione come lo stato di necessità? Che cosa cioè ne determina l'intensione? Quali caratteri la fattispecie concreta deve presentare per poter essere un'occorrenza della fattispecie astratta? Che cosa deve precisamente accadere perché la fattispecie concreta ricada sotto una fattispecie astratta e non un'altra? Prendendo un esempio di Riccardo Guastini ([38]), quando esattamente una compravendita diventa una donazione dissimulata? Tali questioni si possono ricondurre al problema, ormai classico, della struttura aperta (*open texture*) del diritto, sviluppato nella seconda metà del Novecento a partire dai lavori di Herbert Hart ([39]). Il concetto stesso di diritto, si noti, è qualcosa di cui non è suscettibile una determinazione assoluta.

Ora, in alcuni scritti composti intorno al 1905 Peirce suggerisce un'analisi pragmatica del problema dell'indeterminatezza, analisi che è anche una strategia per la sua riduzione. Pur mantenendo le precedenti analisi logiche, egli considera il problema dell'indeterminatezza nella luce pragmatica dell'interazione comunicativa. L'indeterminatezza non si riduce a una questione logica di estensione o intensione di un termine: è anche una questione pragmatica nel momento in cui i termini sono impiegati nella comunicazione. Da una parte la determinatezza e l'indeterminatezza rimangono *proprietà* logiche dei termini ([40]), dall'altra, le *operazioni* di determinazione si distinguono in una particolare tipologia basata sulla dinamica della comunicazione.

L'analisi pragmatica è la seguente (CP 5.447). Un segno indeterminato è *generale* se permette all'ascoltatore o interprete di operarne una successiva determinazione. Un segno indeterminato è *vago* se solo l'enunciante può

([38]) Guastini (1993, p. 350). Si noti che l'esempio implica i noti paradossi del sorite, su cui si può vedere ampiamente Endicott (2000).

([39]) Hart (1961, cap. VII), nonché (1958, p. 607 ss.). Ma già si parlava di indeterminatezza in Kelsen (1934, cap. VI), che distingueva l'indeterminatezza intenzionale e non intenzionale (che ovviamente è la più problematica ed è quella discussa oggi quando si discute di vaghezza delle norme). La citazione seguente esemplifica l'indeterminatezza intenzionale. "Una legge sanitaria stabilisce che nel caso che scoppi un'epidemia, gli abitanti di una città, sotto minaccia di pena, debbano prendere certi provvedimenti per impedire l'estendersi della malattia. L'autorità amministrativa è autorizzata a stabilire questi provvedimenti che debbono essere diversi secondo le diverse malattie" (*ivi*, p. 119). La citazione seguente si riferisce all'indeterminatezza non intenzionale. "Il senso letterale della norma non è chiaro; colui che deve eseguirla si trova dinanzi a molteplici possibili significati" (*ibid.*).

([40]) "A subject is *determinate* in respect to any character which inheres in it or is (universally and affirmatively) predicated of it, as well as in respect to the negative of such character, these being the very same respect. In all other respect is *indeterminate*" (CP 5.447, 1905).

operarne una successiva determinazione. Un segno generale può essere reso *particolare*; un segno vago può essere *definito* (CP 5.449). 'L'uomo è mortale' è nel suo insieme un segno generale, in quanto l'interprete può ridurre l'indeterminatezza dell'enunciato considerando un qualsiasi uomo a sua scelta. 'Un uomo che potrei menzionare sembra essere leggermente vanitoso' (CP 5.447) è nel suo insieme un segno vago, in quanto la sua determinazione può essere operata solo dall'enunciante; non può essere operata dall'interprete, giacché richiede un'informazione ulteriore che questi non è in grado di reperire da sé. Analogo è il caso in cui, come in un oroscopo, qualcuno annunci il verificarsi di un grande evento senza specificare di che cosa si tratterà ([41]).

> A sign is objectively *general*, in so far as, leaving its effective interpretation indeterminate, it surrenders to the interpreter the right of completing the determination for himself. "Man is mortal". "What man?" "Any man you like". A sign is objectively *vague*, in so far as, leaving its interpretation more or less indeterminate, it reserves for some other possible sign or experience the function of completing the determination. "This month", says the almanac-oracle, "a great event is to happen". "What event?" "Oh, we shall see. The almanac doesn't tell that" (CP 5.505; c. 1905).

La soluzione pragmatica, allora, consiste semplicemente nella possibilità per l'ascoltatore di ottenere ulteriore informazione da parte dell'enunciante, di modo che nella loro interazione comunicativa i segni vaghi possano essere sufficientemente determinati.

Questa distinzione in chiave pragmatica fra generalità e vaghezza si appoggia a una definizione più tecnica: a un segno generale non si applica il principio del terzo escluso; a un segno vago non si applica il principio di contraddizione (cfr. CP 5.448 e 5.505; cfr. anche MS 678, del 1910) ([42]).

> The *general* might be defined as that to which the principle of excluded middle does not apply. A triangle in general is not isosceles nor equilateral; nor is a triangle in general scalene. The *vague* might be defined as that to which the principle of contradiction does not apply. For it is false neither that an animal (in a vague sense) is male, nor that an animal is female (CP 5.505).

([41]) Al massimo, si potrebbe dire, l'interprete può *abdurre* il significato. Dascal e Wróblewski (1988, p. 214) notano che il processo di interpretazione ha una natura *abduttiva* in un altro tipo di casi difficili, quelli in cui ci sono ragioni per non accettare *at face value* il significato di un'enunciazione.

([42]) Ma su queste tesi di Peirce, cfr. i rilievi critici di Williamson (1994, pp. 46-52, 102).

Ad ogni modo, la strategia che può essere ricavata da tale analisi non offre affatto una *eliminazione* della vaghezza – considerato inoltre che per Peirce l'indeterminatezza è anche reale – ma offre quantomeno la possibilità di una sua riduzione e la possibilità di contenerne gli effetti meno desiderabili. La questione che vorremmo affrontare a tal punto è se questa strategia sia applicabile in ambito giuridico per far fronte ai problemi sollevati dall'indeterminatezza del diritto.

Prima di venire a tale questione, si noti che questa strategia pragmatica non è la sola utilizzabile al fine di ridurre la vaghezza del linguaggio. Si può utilizzare una strategia che è a sua volta pragmatica ma non nel senso della comunicazione linguistica, quanto nel senso della *massima pragmatica* di Peirce. Dato che la massima pragmatica è considerata l'atto di nascita del pragmatismo, potremmo chiamare *pragmatista* la strategia in questione. Essa vale per qualsiasi indeterminatezza suscettibile di essere ridotta attraverso una ricerca empirica. Come si è detto, secondo la massima pragmatica la significazione di un concetto è determinata dai suoi effetti concepibili, empiricamente verificabili e praticamente rilevanti (CP 5.402, 1878). Così viene ridotta l'indeterminatezza del concetto *definiendum*. Come si articola questa strategia a quella che abbiamo definito pragmatica in quanto relativa alla dialettica fra parlanti? Potremmo dire che la massima pragmatica delinea lo *sfondo di significazione* cui i parlanti possono veridicamente riferirsi nelle loro interazioni. La risposta al problema dell'indeterminatezza può avvenire dunque su due piani: quello pragmatico della comunicazione e interazione fra soggetti, e quello semantico del ricorso a un principio di significazione (nella fattispecie il principio pragmatista). Intendiamo dire che *fra* gli effetti (o più ampiamente le conseguenze) concepibili secondo la massima pragmatica, in una comunicazione devono essere determinati quelli pertinenti al contesto della comunicazione. Differentemente, si tratterebbe di determinazioni pur sempre veridiche ma incapaci di risolvere il particolare problema di indeterminatezza sorto nel contesto di una comunicazione.

5. — *L'indeterminatezza giuridica.*

Come abbiamo ricordato, parlando di indeterminatezza del diritto nella letteratura recente vengono trattati fenomeni e problemi spesso diversi, fra cui l'incompletezza o l'incoerenza dell'ordinamento giuridico, la defettibilità delle norme, la politicità delle decisioni giudiziali, la vaghezza semantica del linguaggio giuridico. Per fare chiarezza, anche qui è importante prima di tutto distinguere il senso logico-semantico e il senso causale di 'determinare'. Cristina Redondo ha ben distinto la determinazione causale da quella deontica (che si può considerare come

una specie della determinazione logica): ci si può chiedere se le decisioni giudiziali siano causalmente determinate e da quali fattori (ad es. le preferenze politiche dei giudici), ma questione diversa è chiedersi come le decisioni dovrebbero essere deonticamente determinate ([43]); qui non ci occuperemo della prima, bensì della seconda. Altra questione ancora è quella dell'indeterminatezza epistemica: se cioè il diritto sia determinato (ci sarebbe una risposta corretta per ogni possibile controversia) e però sia la nostra conoscenza a non esserlo. Neppure di questa tesi ci occuperemo, giacché sembrano particolarmente fondate le obiezioni al suo indirizzo: se essa è già molto dubbia per i predicati non normativi come 'calvo' ([44]), lo è ancora di più per i predicati normativi e per quelli giuridici in particolare, poiché equivarrebbe a sostenere che essi hanno una base ontologica indipendente dalle nostre intenzioni e pratiche sociali, il che pare davvero implausibile ([45]).

Ci occupiamo dunque dell'indeterminatezza logico-semantica e della sua forma deontica, più in particolare giuridica. Tale indeterminatezza può affettare sia le singole norme, sia l'ordinamento giuridico: può essere relativa non solo a quali casi ricadano sotto una norma, ma anche a quali norme appartengano all'ordinamento ([46]); qui però ci concentreremo sull'indeterminatezza delle norme, non dell'ordinamento. Ad ogni modo, ciò che è comune alle varie accezioni di indeterminatezza è la minaccia al principio di legalità. Riprendiamo da Luigi Ferrajoli una formulazione generale di tale principio: *la legge connota ciò che il giudice denota, e denota ciò che il giudice connota* – viceversa il giudice denota ciò che la legge connota, e connota ciò che la legge denota ([47]). Specialmente la vaghezza

---

([43]) Redondo (1997, p. 179).

([44]) Equivarrebbe a sostenere che c'è un capello senza il quale si diventa calvi ma noi non sappiamo qual è. A questo si può ribattere, grosso modo, che (i) la tesi è indimostrabile, (ii) la vaghezza non è una questione di conoscenza, non dipende da una mancanza di informazioni sul mondo esterno, ma riguarda l'imprecisione del significato. Chi difende questa controversa tesi è Williamson (1994).

([45]) Cfr. Solum (1996), Redondo (1997, § 8), Endicott (2000, cap. 6), Luzzati (2006a).

([46]) Ringrazio Riccardo Guastini per questa osservazione. Ci si può chiedere se una delle due forme – indeterminatezza della singola norma e dell'ordinamento – collassi nell'altra e se il tentativo di ridurre l'una aumenti l'altra.

([47]) Ferrajoli (1989, p. 139). Per un quadro sull'indeterminatezza dei testi normativi, si può vedere Modugno (1998, cap. IV). Sull'indeterminatezza del diritto, nella letteratura italiana vedi specialmente Luzzati (1990a), che considera vaghezza e indeterminatezza come sinonimi (a differenza di Peirce) esprimenti quella medesima caratteristica del significato che è la sua *imprecisione* (da non confondere con la lacunosità o l'imprecisione della conoscenza). Cfr. anche Diciotti (1992, pp. 97-138); della formula 'indeterminatezza del diritto' Diciotti distingue due significati e direzioni di ricerca: l'incertezza su quali norme appartengano al diritto e l'incertezza

del linguaggio giuridico costituisce un problema per un simile principio e la sua difesa ([48]). Questo è palese non solo in relazione al principio di legalità nei sistemi di *civil law*, ma anche in relazione al principio del *rule of law* nei sistemi di *common law*, come Timothy Endicott ha riconosciuto in particolare: "la vaghezza è l'unica fonte importante di discrezionalità giudiziale, se si escludono i margini di discrezionalità esplicitamente concessi e le convenzioni che attribuiscono ai giudici il potere di sviluppare il diritto" ([49]). Ora, come si è detto, la vaghezza è una caratteristica ineliminabile del linguaggio; dunque il rischio di arbitrio connesso all'esercizio di discrezionalità non può essere del tutto evitato, ma può essere ridotto. Se dunque si vuole ridurre il rischio di arbitrio nel giudizio, deve perseguirsi una strategia di riduzione della vaghezza.

A tale proposito può suggerirsi una strategia pragmatica ispirata alla dialettica della comunicazione indicata da Peirce? L'ipotesi da valutare è se la riduzione dell'indeterminatezza possa essere operata attraverso un'opportuna *dinamica istituzionale*, attraverso una dialettica fra organi che cerchi di assomigliare alla dialettica fra i parlanti ordinari – i quali, nella maggior parte dei casi, risolvono nel corso dell'interazione comunicativa le incomprensioni o le difficoltà dovute all'indeterminatezza. Anche se l'ipotesi può sembrare interessante, deve ammettersi da subito che la sua praticabilità è seriamente ostacolata dalle peculiarità del linguaggio giuridico e della realtà istituzionale, che rendono l'indeterminatezza giuridica un fenomeno significativamente diverso dall'indeterminatezza nelle conversazioni ordinarie. Tuttavia, prima di saltare alle conclusioni, è opportuno mettere alla prova la strategia di Peirce; lo faremo considerando in particolare un lavoro di Risto Hilpinen che ne propone una elaborazione basata sulla teoria peirceiana della quantificazione e sviluppata in termini di *Game-Theoretical Semantics* ([50]).

Iniziamo dalla quantificazione. Ogni asserzione implica un enunciante (*utterer*) e un ascoltatore (*hearer*). Ora, come avviene che l'ascoltatore individui il soggetto a cui l'enunciante applica un certo predicato? In certi brani Peirce chiama *precept* l'espressione che prescrive ai parlanti cosa essi

---

sul significato delle norme. Sull'interpretazione giuridica in relazione alla vaghezza, v. anche Bulygin (1995, cap. XIV).

([48]) Il problema dell'indeterminatezza giuridica può sembrare particolarmente grave a chi ritenga che sia storicamente determinato, o comunque determinabile, qualcosa come 'il diritto'; contro questa pretesa, vedi Nerhot (1994a, pp. ix-xxii; 1994b, p. 2 ss.; 1998, p. 1 ss.). Fra chi ha cercato di equilibrare indeterminatezza e razionalità toccando i temi della logica non classica nell'ambito del giudizio, vedi Mazzarese (1996, p. 159 ss.).

([49]) Endicott (2001, p. 368).

([50]) Hilpinen (1982, pp. 182-188).

devono fare per individuare il soggetto al quale il predicato è applicabile, l'oggetto su cui verte la proposizione asserita (cfr. CP 2.330 e 2.336, c. 1902, nonché 2.357) ([51]):

> every Sign has, actually or virtually, what we may call a *Precept* of explanation according to which it is to be understood as a sort of emanation, so to speak, of its Object (CP 2.230, 1910) ([52]).

Fra le espressioni che prescrivono ai parlanti come selezionare l'oggetto di discorso hanno una particolare importanza i *quantificatori* (cfr. CP 2.339). Quella che oggi in logica si definisce *quantificazione* e il cui merito è riconosciuto a Frege ([53]), trova una sua autonoma teorizzazione in Peirce a partire dal 1885 circa – in particolare grazie all'opera di un suo studente, Oscar Mitchell ([54]). In sintesi, *quantificatori* sono i segni che

---

([51]) Sul *precept* cfr. Hilpinen (2004): tutte le costanti logiche (connettivi proposizionali, quantificatori, espressioni modali) sarebbero da intendere come *precetti*, ossia come regole per individuare l'oggetto singolare o gli oggetti singolari su cui verte una proposizione. Anche i nomi propri hanno questa funzione (cfr. CP 4.460, 1903; un grazie per questo riferimento va a Jean-Marie Chevalier).

([52]) L'assenza di indefinizione è 'definizione', e l'assenza di generalità è 'individualità'; in più, un segno definito e individuale è un segno singolare – cfr. MSS 9 e 515. Hilpinen ne propone una traduzione nei termini della semantica dei giochi: "In what sense does a precept, or an indeterminate index, show how the utterer and the interpreter must act in order to find a singular object or an index of a singular object which may be regarded as the subject of the assertion? Peirce's explanation of the meaning of quantifier phrases is based on his account of the use of a proposition in an assertion, and it resembles the modern game-theoretical interpretation of quantifiers" (Hilpinen 1982, pp. 184-185). – Sulla possibilità che due proposizioni indefinite si definiscano vicendevolmente, cfr. CP 4.583 (ma la definizione non sarà mai assolutamente precisa – se esistesse un segno assolutamente determinato, sarebbe qualcosa come il segno dell'intero universo, nei termini in cui Leibniz e altri, aggiunge Peirce, parlano dell'onniscienza divina).

([53]) Sull'invenzione dei quantificatori, cfr. Penco (2004, pp. 18-25): essi consentono di operare una sintesi delle due grandi tradizioni logiche, la logica aristotelica dei termini e la logica stoica delle proposizioni; anche Peirce inventa i quantificatori ma, a differenza di Frege, non unifica la due logiche.

([54]) Già del 1882 vedi W4: 394-399. E in W4: 406-407 (1883) Peirce esprime l'esigenza di una notazione logica che esprima l'*esistenza*. Cfr. W5: 109-110 (1884) e l'importante *On the Algebra of Logic* (1885) in W5: 162-190. – Sulla quantificazione in Peirce: "As early as 1870, Peirce begins to interpret binary relations by matrices, finite or infinite, whose elements are ordered pairs of individuals. In 1882 he takes a further step. A relative is represented as a Boolean sum of ordered pairs (taken in a certain domain), each pair being affected by a coefficient, which is 1 or 0 according as the relation obtains between the elements of the pair or not. The mathematical signs Σ and Π thus come to play the role of the existential and universal quantifiers. But these quantifiers are handled by Peirce in a way that is very different from the way Frege handles his quantifiers. There are no axioms about them. Their interpretation and

permettono di identificare gli oggetti cui si applica un certo predicato, selezionandoli da un universo di discorso. In RLT: 129 Peirce li chiama *selective pronouns* e fa gli esempi di *some*, *any*, *every*, *whoever* (cfr. CP 8.181, 2.324).

> The "some" supposes a selection from "this here" world to be made by the *deliverer* of the proposition, or made in his interest. The "every" *transfers* the function of selection to the *interpreter* of the proposition, or to anybody acting in his interest (RLT: 129-130).

I quantificatori hanno una evidente valenza pragmatica, poiché l'utilizzo di un *quantificatore universale* da parte di un enunciante permette all'ascoltatore o interprete di selezionare a sua discrezione un oggetto fra quelli denotati dal quantificatore universale (*every*), mentre il *quantificatore esistenziale* (*some*) non lascia tale discrezione all'interprete. Facciamo due esempi per illustrare la loro differenza e le relative forme di indeterminatezza:

(1) Ogni salamandra vive nel fuoco

è una proposizione generale, con un quantificatore universale;

(2) C'è una squadra che è prima

è una proposizione vaga, con un quantificatore esistenziale (cfr. anche CP 3.460). Nel primo esempio si tratta dell'indeterminatezza che può essere ridotta dall'interprete: la generalità. Nel secondo si tratta di vaghezza, poiché l'interprete non può individuare l'oggetto di discorso e solo l'enunciante può permetterglielo fornendo ulteriore informazione.

Ora, quale rilevanza possono avere queste considerazioni per gli enunciati imperativi o prescrittivi, quali assumiamo siano le norme giuridiche e i principi del diritto? Intuitivamente si potrebbe dire che l'analisi e la strategia di Peirce valgono anche per tali enunciati, dal momento che anch'essi sembrano potersi distinguere in generali e vaghi. Si consideri questo esempio:

(3) Dipingi la stanza di un colore chiaro.

---

handling are tied up with a specific domain, changeable at will. Moreover, they are generally used only in initial position" (van Heijenoort 1976, p. 44). Cfr. Thibaud (1975, p. 90 ss.). – Sulle diverse teorie della quantificazione sviluppate nel novecento cfr. Engel (1989, cap. IV). D'altra parte, i segni che svolgono la funzione di quantificatori non sono affatto sconosciuti alla logica medievale, che anzi ne è particolarmente ricca in virtù della lingua latina, ricca di prefissi con tale funzione (cfr. Moody 1953, pp. 43-53).

Secondo il criterio di Peirce si tratta di un ordine generale, in quanto permette all'interprete di dipingere la stanza di un colore chiaro a sua scelta ([55]). Si consideri invece quest'altro esempio:

(4) Dipingi la stanza del colore che preferisco.

In questo caso, se l'enunciante non specifica il colore e colui che riceve l'ordine non lo conosce, l'interpretazione dell'enunciato non può essere determinata; dunque si tratta di un ordine vago ([56]). Dunque, in principio sembra che l'analisi e la strategia di Peirce possano valere anche per gli enunciati prescrittivi, per (3) e (4) come per (1) e (2). Ma valgono anche per quel tipo di enunciati prescrittivi che sono le norme giuridiche?

Per rispondere esaurientemente seguiamo l'elaborazione di Hilpinen e ricorriamo alla nozione di 'direzione di adattamento' (*direction of fit*): uno stato mentale come una credenza ha una direzione di adattamento da mente a mondo (lo stato mentale si adatta al mondo), mentre per uno stato mentale come il desiderio la direzione di adattamento è contraria, cioè da mondo a mente (con la soddisfazione del desiderio, il mondo si adatta allo stato mentale – così per gli imperativi e le prescrizioni) ([57]). Se si preferisce evitare il vocabolario degli stati mentali, si può parlare di direzioni di adattamento fra parole e mondo. Secondo Hilpinen, considerando che per le prescrizioni la direzione di adattamento va da mondo a parola (il mondo deve adattarsi alla parola), la responsabilità di tale adattamento

---

([55]) Il che non toglie che il predicato 'chiaro' sia affetto da vaghezza (nel senso di imprecisione del significato) e che possano sorgere controversie sulla sua applicabilità a un determinato colore o una sua sfumatura, come vedremo in seguito (§ 6) con altri esempi.

([56]) Per questi esempi ringrazio David Agler. Cfr. le tre forme di discrezionalità distinte in Dworkin (1977, pp. 102-113), su cui si può vedere Schiavello (2004, pp. 85-87).

([57]) "Beliefs, perceptions, and memories have the mind-to-world direction of fit, because their aim is to represent how things are; desires and intentions have the world-to-mind direction of fit because their aim is to represent not how things are but how we would like them to be or how we plan to make them be" (Searle 1999, p. 102). Se per le credenze valgono delle condizioni di verità, per gli stati mentali con una direzione *world-to-mind* valgono piuttosto delle condizioni di soddisfazione, che Searle ritiene più generali delle *truth conditions* – "I believe that the key to understanding intentionality is *conditions of satisfaction*. An intentional state is satisfied if the world is the way it is represented by the intentional state as being. Beliefs can be true or false, desires can be fulfilled or frustrated, intentions can be carried out or not carried out. In each case, the intentional state is satisfied or not depending on whether there is indeed a match between propositional content and the reality represented" (Searle 1999, p. 103).

è senz'altro in capo all'interprete (*hearer*).

> In the case of assertion, the speaker is responsible for the fit between the world and the words, but in imperative discourse this responsibility belongs to the hearer: he must bring about the fit by his own actions, and has to suffer penalties for a failure to do so. The speaker's words provide a standard against which the hearer's actions are to be compared and evaluated ([58]).

Poniamo che l'enunciante sia il legislatore. Vi può essere una responsabilità *for the fit* sia in capo ai cittadini chiamati a rispettare la legge, sia in capo ai giudici chiamati ad applicare la legge. Hilpinen sviluppa una serie di considerazioni in termini di *Game-Theoretical Semantics* dove non opera espressamente tali paragoni giuridici (legislatore-enunciante, ad esempio) e su cui non ci fermeremo, se non per notare le seguenti cose: (a) la semantica dei giochi in chiave *indicativa* riconosce vincitore colui la cui asserzione è vera al termine del gioco; (b) qualcosa di analogo accade in un processo quanto alla determinazione dei fatti, dal momento che la parte vincitrice – almeno su tale questione – è quella la cui ricostruzione dei fatti è accolta dalla corte come vera o plausibilmente tale; (c) la semantica dei giochi in termini *prescrittivi* riconosce vincitore l'interprete che fa quanto l'enunciante gli prescrive; (d) forse non ha molto senso parlare di cittadini (o di giudici) che "vincono" se si comportano come il legislatore prescrive (anche se vince un processo chi sa dimostrare di avere agito nel rispetto del diritto), ma si può dire che un sistema giuridico funziona come dovrebbe se gli interpreti dicono e fanno quanto il legislatore prescrive. Ad ogni modo, le possibili analogie fra la semantica dei giochi in chiave indicativa e in chiave prescrittiva trovano un limite nelle peculiarità del linguaggio giuridico, della realtà istituzionale e delle dinamiche con cui il diritto è prodotto e interpretato. Questi limiti costituiranno l'oggetto del prossimo paragrafo.

6. — *Limiti della strategia pragmatica*.

È possibile ridurre l'indeterminatezza del diritto attraverso un'opportuna *dinamica istituzionale*, attraverso una dialettica fra organi che cerchi di assomigliare alla dialettica fra i parlanti ordinari?

Ovviamente i casi più critici sono quelli delle prescrizioni che non permettono all'interprete la determinazione del loro significato. Analogamente alla distinzione fra vaghezza e generalità, altrove ([59]) Peirce specifica

---

([58]) Hilpinen (1986, p. 199).

([59]) Nella nota 1, del 1906, a CP 5.448 e in MS 283.

due tipi di indeterminatezza: (*a*) *indefiniteness* e (*b*) *generality*. Ogni soggetto indeterminato è costituito da un nome comune e da un quantificatore: *some* per (*a*), *any* per (*b*) – rispettivamente quantificatore esistenziale e quantificatore universale. Qui ciò che Peirce chiama *indefinito* corrisponde sostanzialmente a quanto in altri passi chiama *vago* (cfr. CP 5.447-450, 5.505-506). Immaginiamo allora che una disposizione giuridica sia "indefinita" e si rivolga a 'some man' (quantificatore esistenziale). Si noti che una simile indeterminatezza sarebbe quantomeno patologica per un ordinamento giuridico in cui viga un principio di eguaglianza oltre che di legalità; se infatti una disposizione giuridica avesse il soggetto indefinito si rivolgerebbe indeterminatamente a 'some man' e non darebbe modo di definirlo, o di definirne il "tipo". Di contro pare perfettamente legittima l'indeterminatezza "generale": una disposizione giuridica si rivolge indeterminatamente ad 'any man' – o a ciascuno di un certo "tipo". Nel primo caso ('some man') l'interprete chiamato ad applicare la disposizione non avrebbe modo di sapere a chi la disposizione si rivolge, a meno che l'enunciante non abbia provveduto a integrarne il senso.

Si ricordi ancora, richiamando le tesi di Peirce, che un segno generale è quello la cui determinazione può essere operata (anche) dell'interprete, mentre un segno vago è quello la cui determinazione può essere operata solo dall'enunciante ([60]). Supponiamo allora che il legislatore emani una disposizione come

(5) Chiunque fabbrichi banconote false, verrà punito.

Ovviamente si tratta di una disposizione generale la cui interpretazione non presenta particolari problemi. Ma supponiamo che emani una disposizione come

(6) Uno di questi mestieri sarà proibito

e che la emani senza offrire il modo di determinare non arbitrariamente di quale mestiere si tratti. Oppure supponiamo che emani una disposizione come

(7) Chi commetterà un atto grave che preciseremo, verrà punito

---

([60]) "An indeterminate index is indefinite if and only if the utterer of the proposition is free to choose (or select) the object which the index is regarded as representing; that is, the utterer is free to choose the interpretation of the subject term. An existential quantifier is a sign of the utterer's choice or move in a language-game. In the case of a definite proposition the utterer leaves himself no latitude of interpretation [...]" (Hilpinen 1982, p. 185). Diversamente, "if the proposition has a general index, the interpreter has the right to choose the singular object which the index is regarded as representing: a universal quantifiers transfers the choice of the singular to the interpreter" (Hilpinen 1982, p. 186).

e tuttavia non precisi nient'altro. Qualora esistessero disposizioni indefinite di questo tipo o comunque tali da non consentire all'interprete la determinazione del loro oggetto, la loro applicazione sarebbe impossibile o sostanzialmente arbitraria, a meno che l'enunciante stesso non provvedesse a integrarle definendo ciò a cui vanno applicate. In alternativa, l'enunciante potrebbe rinviare a un'altra fonte che supplisca a tale indeterminatezza. Ossia, in termini giuridici, per determinare il senso della disposizione indefinita il legislatore potrebbe rimandare sia a un'altra disposizione legislativa sia a un'altra fonte di diritto capace di sanare la disposizione indefinita. In uno di questi due sensi vi dovrebbe essere un *precept* che non valga per il solo enunciante e che indichi all'interprete in quale modo determinare l'oggetto della disposizione. Ma in questi casi si tratterebbe di quella che Hans Kelsen ha chiamato indeterminatezza *intenzionale* ([61]). Più difficile è il trattamento dell'indeterminatezza *non intenzionale*. Infatti il problema della vaghezza può presentarsi in seno a una proposizione generale con quantificatore universale in cui un predicato sia malgrado tutto indefinito. Consideriamo una disposizione come

(8) Chi commetterà un reato per futili motivi, verrà punito in maniera aggravata ([62]).

Si tratta di una proposizione generale rispetto ai soggetti a cui è applicabile, ma vaga rispetto alla qualificazione dei motivi e della punizione. Come si misura una punizione aggravata? Quando un motivo è futile? In casi come questo (di vaghezza come imprecisione del significato) possono intrecciarsi una vaghezza combinatoria e una vaghezza di grado: non è chiaro quali siano le proprietà che definiscono un futile motivo e per alcuni tipi di motivi (economici in particolare) non c'è una soglia precisa sotto la quale il motivo diviene futile. O ancora, riprendendo un celeberrimo caso di *open texture* ([63]):

(9) È vietato introdurre veicoli nel parco.

([61]) Kelsen (1934, p. 119). Si potrebbe replicare che qui si tratta di discrezionalità e non di indeterminatezza; ma dal punto di vista logico la prima non è che una forma della seconda nell'esercizio di un potere.

([62]) Pierluigi Chiassoni mi ha obbiettato che i futili motivi sono un esempio di clausola generale, dunque un caso di indeterminatezza intenzionale. A parer mio, se così fosse, si dovrebbe comunque distinguere l'indeterminatezza intenzionale di questo tipo da quella di esempi come il seguente: 'In caso di epidemia, il sindaco deve adottare i provvedimenti più opportuni'. Ma a tal punto si potrebbe ritenere che solo la seconda è una genuina indeterminatezza intenzionale.

([63]) Sulla relazione fra le nozioni di *open texture* e *defeasibility*, interessante ai fini del ragionamento giuridico, cfr. Barberis (1990, p. 267 ss.), Bayón (2001) e Ródenas (2001); nonché Pazos (2002) secondo cui la defettibilità non comporta di per sé l'indeterminatezza del diritto. Sulla tecnica della "dissociazione", cfr. invece Guastini (2001, pp. 149-150).

Analizzando logicamente la disposizione, non v'è dubbio che il quantificatore che ne individua i soggetti sia un quantificatore universale; ma il problema è che non è del tutto chiaro cosa si debba intendere per 'veicolo'. Negli esempi (8) e (9) si presenta un problema di intensione ancor prima che di estensione, giacché, prima ancora di definire l'estensione della fattispecie è necessario stabilirne l'intensione, cioè i caratteri che la identificano ([64]). Spetta al giudice farlo? In una certa misura è inevitabile che sia così, che cioè sia lasciato all'interprete e al giudice un margine di discrezionalità; ma è altrettanto vero che vi sono tecniche di produzione normativa e regole interpretative volte a diminuire tale margine ([65]), come è altrettanto vero che nei nostri sistemi giuridici il giudice è chiamato a esercitare la propria discrezionalità in modo non arbitrario.

Se è consentito un rilievo di tipo sociologico, si noti inoltre che la vaghezza è spesso il risultato di pratiche compromissorie in sede politica, per le quali il legislatore evita di prendere una posizione netta nei testi di legge, ricorrendo a formulazioni sufficientemente vaghe da soddisfare posizioni politiche distinte (si tratta della cd. legislazione di mera formula); ne risulta che la determinazione delle norme avviene non di rado ad opera dei giudici. In un certo senso si verifica una sorta di "delega" impropria verso il potere giudiziario che diviene responsabile di decidere in un senso o in un altro; ma tale dinamica appartiene alla patologia di un ordinamento basato sulla separazione dei poteri così come alla patologia della comunicazione linguistica per cui un enunciato vago deve essere determinato dall'enunciante e non dall'ascoltatore.

Se non una soluzione di questi problemi, almeno una loro attenuazione sarebbe consentita da un *sistema istituzionale*, politico-giuridico, in cui fossero favorite, in specifiche forme, delle interazioni analoghe a quelle che nella comunicazione ordinaria risolvono le indeterminazioni del linguaggio, attraverso la dialettica di domande e risposte fra parlanti? Tali specifiche forme istituzionali dovrebbero garantire, come *optimum*, la celerità della risposta una volta sollevata la domanda, unitamente alla rivedibilità delle precedenti risposte che si rivelino inadeguate di fronte a nuove domande, e senza perdere un ideale di coerenza nell'insieme di risposte attualmente valide. Ma è possibile qualcosa del genere?

([64]) Cfr. le lucide analisi di Ferrajoli (1989, pp. 138-143 in particolare). Il principio ideale del legalismo è che il giudice denoti ciò che la legge connota. Ma una determinazione non può essere mai assoluta, e neppure il legislatore più scrupoloso può prevedere tutte le determinazioni di cui un concetto può essere suscettibile, né tutte le circostanze rispetto a cui delle determinazioni ulteriori siano invocate dalle parti.

([65]) Vedi Comanducci (2000, pp. 110-112) su tali tecniche e regole. Cfr. Comanducci (1997). Fra tali tecniche si considerino ad es. le ridefinizioni.

Si ricordi d'altro canto che per altri versi (flessibilità, estensibilità) la vaghezza è più un pregio che un difetto ([66]). Oltre al fatto che non vi sono termini assolutamente precisi e che al di là di una certa soglia pragmatica è insensato procedere nelle determinazioni, il risultato di un'eccessiva determinazione dei testi di legge non sarebbe una maggiore equità ma un'eccessiva segmentazione delle fattispecie e un conseguente irrigidimento funzionale del sistema. Inoltre "il valore della certezza del diritto deve costantemente essere coniugato con quello della giustizia del caso concreto" ([67]). Entro una certa misura, è fisiologico e preferibile che il legislatore lasci alla prassi interpretativa il compito di determinare certe espressioni vaghe. Senza però che i margini siano talmente ampi da favorire l'arbitrio e che tale fisiologia della vaghezza divenga la patologia della sottrazione dalle responsabilità. Persino è stato sostenuto che un certo margine di vaghezza è indispensabile all'ideale della legalità (o del *rule of law*), in quei casi e quelle materie in cui delle determinazioni troppo precise operate a livello legislativo finirebbero per essere arbitrarie ([68]); in tali casi e materie, la vaghezza ha il pregio di affidare agli interpreti e ai giudici le scelte applicative.

Mario Jori ha sostenuto che il linguaggio giuridico non è né un linguaggio tecnico-strumentale né una lingua naturale, ma un *linguaggio amministrato*, che media i caratteri dei linguaggi tecnici e della lingua naturale, essendo irriducibile da una parte a una formalizzazione e dall'altra all'idea ermeneutica che il senso sia principalmente determinato nel consenso e nella pratica della comunità.

> Nel caso dei linguaggi amministrati, tra i quali il diritto è oggi il più importante, abbiamo un caso intermedio tra i due precedenti, perché la lingua e i suoi discorsi vengono definiti dalla accettazione effettiva da parte di una comunità di parlanti delle decisioni anche semiotiche di determinate autorità, che decidono sulla base di regole (le norme giuridiche) piuttosto stringenti ([69]).

([66]) Che sia un difetto in settori come il diritto penale non significa che lo sia in altri (cfr. Barberis 2003, pp. 298-299). Peraltro, una certa vaghezza è essenziale ai fini di ogni comunicazione. Richiamando un esempio di Claudine Tiercelin, 'Vorrei una tazza di the' è un enunciato che non ha bisogno di specificare il tipo di tazza, il colore della tazza, la precisa quantità di the che si desidera, il momento preciso in cui si desidera che la tazza venga portata, ecc.

([67]) Viola e Zaccaria (2003, p. 22).

([68]) Così Endicott (2005), che a questo riguardo porta gli esempi, fra gli altri, di un preciso limite temporale entro cui intraprendere un'azione penale (indipendentemente dal tipo di caso e di accusa) e di una disposizione che fissi in un modo preciso le responsabilità dei genitori nei confronti dei figli; oltre a questi ci sono gli ambiti in cui è impossibile dettare degli standard precisi poiché tali standard non ci sono (come in tema di buona fede contrattuale).

([69]) Jori (1995, p. 132). Su linguaggio giuridico come linguaggio amministrato vedi anche Jori (1997, p. 520 ss.). Sull'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica cfr. Barberis (1999).

Ora, l'ipotesi che qui ci interessa è se anche per tale linguaggio la riduzione della vaghezza – ove sia un obbiettivo da perseguire – possa avvenire in una dimensione pragmatica articolata secondo i ruoli istituzionali, le strutture ordinamentali, nonché gli interessi politici in gioco. Infatti, nell'ordine della lingua naturale la riduzione della vaghezza avviene nella comunicazione diretta (la conversazione *vis-à-vis*) ed è una riduzione *pragmatica*. Nell'ordine dei linguaggi tecnici avviene dimostrativamente in base ad assunti e regole metodologiche ed è una riduzione *sintattico-semantica*. "Nei linguaggi amministrati, come il diritto, la riduzione della vaghezza si svolge sullo sfondo della esistenza e del prevedibile intervento delle autorità di produzione e applicazione del diritto, concedendo o non concedendo ad esse discrezionalità, con la opportuna manipolazione del linguaggio giuridico, talora anche con il mezzo delle definizioni legislative" ([70]). Si potrebbe parlare di una riduzione *pragmatico-istituzionale*. Ma fino a dove può spingersi tale riduzione?

Si può sottolineare il ruolo dell'autorità legislativa nella determinazione del significato delle nozioni giuridiche ([71]) e pertanto auspicare una stretta interazione fra legislatore e corpo giudiziario al fine di un'applicazione del diritto conforme alle intenzioni del legislatore. D'altro canto si può osservare la divergenza fra l'interpretazione nel corso di una conversazione e l'interpretazione delle norme legislative: "mentre la conversazione è retta da un principio di cooperazione (ognuno deve sforzarsi di riconoscere le intenzioni dell'altro), la legislazione è retta da un principio di competizione: l'interprete può cercare di eludere le intenzioni del legislatore" ([72]). Ma anche ammettendo che *di fatto* gli interpreti cercano spesso di eludere le intenzioni dei legislatori, non si può comunque sostenere che essi *debbano* rispettarle e pertanto immaginare degli istituti ispirati a tal fine?

Storicamente, si può rintracciare un tentativo di questo genere nell'istituto del *référé législatif* prospettato nel 1790 dal legislatore francese ([73]); l'istituto ebbe poi un'evoluzione complessa e fu del tutto abbandonato nel 1837; qui non ci soffermiamo sulla sua evoluzione e lo richiamiamo a solo

---

([70]) Jori (1995, p. 144). Sulla riduzione e la pragmatica della vaghezza, cfr. Luzzati (1990a, cap. III e in particolare p. 86): ragioni di opportunità pratica e considerazioni teleologiche ci suggeriscono di volta in volta *se* ridurre la vaghezza e *a quale grado*.

([71]) Cfr. Bix (2003), che critica l'applicazione di una semantica realista alle nozioni giuridiche – tesi che invece è sostenuta in Moore (2002).

([72]) Barberis (2003, p. 294). D'altro canto, Barberis (2000) cerca di evitare le conclusioni radicalmente scettiche che altri vorrebbero trarre dall'indeterminatezza del diritto.

([73]) Si può vedere la ricostruzione che ne dà Cattaneo (1966, pp. 112-113, 125-126, 153). Cfr. Alvazzi Del Frate 2005.

titolo di esempio. Tecnicamente, nella sua prima forma che qui interessa, si trattava del cd. *référé législatif* facoltativo: quando si fossero trovati a dover decidere un caso oscuro, i tribunali ordinari avrebbero avuto la facoltà di rimandare gli atti all'Assemblea legislativa per la soluzione della questione (art. 12, tit. II, legge 16-24 agosto 1790). Però, prescindendo dai dettagli, un istituto del genere comporta almeno due gravi problemi: (i) ingolfa l'attività del legislatore se utilizzato frequentemente; (ii) può divenire uno strumento attraverso il quale il giudice si sottrae alla propria funzione.

Non è facile immaginare altri istituti che assolvano tale funzione. Tuttavia, se una simile strategia pragmatica non può funzionare nel rapporto fra istituzioni quali il legislatore e il corpo giudiziario, essa può comunque funzionare nel più limitato ambito del processo? Si prenda ad esempio l'espressione 'futili motivi': secondo il Codice penale italiano (art. 61) l'avere agito per futili motivi costituisce una circostanza aggravante del reato. Ora è evidente che l'espressione 'futili motivi' è affetta da vaghezza e che la sua applicazione ne richiede una qualche riduzione. Se allora, alla luce di quanto detto, non è praticabile una riduzione pragmatico-istituzionale sul modello del *référé législatif*, si può comunque considerare che la sua riduzione è praticabile nell'ambito del processo, attraverso la dialettica fra le parti e la corte ([74]). All'accusa asserente che l'imputato ha agito per futili motivi, la difesa può chiedere di specificare quali sono le circostanze che per essa costituiscono la denotazione dell'espressione 'futili motivi'; di seguito può contestare o meno la determinazione di tali circostanze; infine alla corte spetta una decisione nel merito delle ragioni addotte dall'una e dall'altra parte. In altri termini, si può dire che il significato dell'espressione 'futili motivi' è determinato dalle inferenze in cui compare tale espressione e che sono autorizzate in un determinato contesto ([75]). Devono comunque osservarsi le seguenti cose per precisare la portata della strategia inferenzialista: (i) a differenza della strategia perseguita con il *référé législatif*, qui non si tratta di determinare il significato che *il legislatore* attribuisce all'espressione, ma il significato che *le parti e la corte* vi attribuiscono nel contesto processuale; (ii) il giudice non dispone *solo* delle determinazioni operate dalle parti, ma anche, quasi sempre, delle determinazioni operate nei precedenti e dalla dottrina; (iii) il contesto dialettico e conflittuale – qui fra parti e giudice, con il *référé législatif* fra legislatore e giudice – non solo non impedisce l'applicazione di una strategia inferenzialista, ma anzi la rende ancora più pertinente se è vero che un suo tratto caratteristico è quello dello *scorekeeping*, cioè dei "punti"

([74]) Cfr. in una diversa prospettiva filosofica Cavalla (2005).

([75]) Questa la strategia inferenzialista esposta in Canale e Tuzet (2005).

che i partecipanti realizzano nello scambio e che in ambito processuale risultano infine assegnati dall'autorità del giudice ([76]).

7. — *Alcune conclusioni*.

Cerchiamo di riassumere quanto detto. L'indeterminatezza del soggetto di una proposizione consiste nell'indeterminatezza dell'estensione di un predicato. Ma il caso più "grave" di indeterminatezza è quello dell'indeterminatezza dell'intensione di un predicato. È più grave nel senso che l'indeterminatezza dell'intensione comporta l'indeterminatezza dell'estensione: se infatti non sono determinati i caratteri del predicato in questione, non possono venirne determinati neppure i soggetti.

Dunque, quando si dice che il diritto è indeterminato che cosa si intende? Vi sono due possibilità: o sono indeterminati i soggetti degli enunciati normativi, o ne sono indeterminati i predicati.

Nel caso dei soggetti, o si tratta di generalità – come nell'esempio (5) – e la cosa è perfettamente in linea con un sistema giuridico retto dai principi di eguaglianza e legalità; oppure si tratta di vaghezza – come nell'esempio (6) – e in questo caso, se il legislatore non fornisce il *precept* per determinarla, l'applicazione della disposizione non può avvenire senza arbitrarietà.

Nel caso dei predicati, il problema è più grave nel senso che l'indeterminatezza dei predicati – come nell'esempio (8) – affetta l'indeterminatezza dei soggetti ([77]). Ma le conclusioni da trarre sono simili a quelle precedenti: o il legislatore offre il modo di determinarne il senso senza arbitrarietà (per rinvio ad altre disposizioni o ad altra fonte), o l'applicazione della disposizione sarà ampiamente arbitraria, a meno che un'opportuna strategia pragmatica riduca la vaghezza dei predicati in questione ([78]).

Quando genericamente si afferma l'indeterminatezza del diritto, se ne afferma l'incapacità di determinare con precisione i casi ai quali le disposizioni si applicano e le conseguenze giuridiche da collegarvi. Questo non è sbagliato, ma l'analisi deve essere precisata secondo i criteri visti, a pena dell'impossibilità di rimedi efficaci.

In questo scritto, riprendendo alcune tesi di Peirce, abbiamo cercato di esaminare i meriti e i limiti di una strategia pragmatica di riduzione dell'indeterminatezza. Ma a prescindere da tale strategia nello specifico, crediamo

---

([76]) Sono debitore di Jordi Ferrer per il primo rilievo, di Paolo Comanducci per il secondo, di Francesca Poggi per l'obiezione che motiva il terzo.

([77]) Qui rileva, si noti, la vaghezza come imprecisione di significato.

([78]) In ogni caso, qui il lavoro dell'interprete sarà doppio perché una volta determinato il senso del predicato, la sua intensione, ne andrà determinata anche l'estensione.

si possa dire che *la diagnosi dell'indeterminatezza del diritto si può sempre – e in certi casi si deve – accompagnare alla prognosi della sua possibile riduzione.* Che non sarà mai esaustiva (come non esiste un termine assolutamente indeterminato non esiste un termine assolutamente determinato), ma che è pur sempre possibile e preferibile alle determinazioni arbitrarie o basate su criteri extra-giuridici. Se infatti l'indeterminatezza non è un vizio che possa essere eliminato, né una prigione da cui non si possa muovere, è con essa possibile e auspicabile una serena convivenza.

Abbreviazioni e riferimenti bibliografici

'CP' sta per i *Collected Papers* di C.S. Peirce, 8 voll., a cura di C. Hartshorne, P. Weiss (voll. 1-6) e A. Burks (voll. 7-8), Harvard University Press, 1931-1958; la sigla è seguita dal numero di volume e di paragrafo – ad esempio, CP 5.189: volume 5, paragrafo 189.

'MS' sta per i *Manoscritti* di Peirce come numerati in R.R. Robin, *Annotated Catalogue of the Papers of Charles S. Peirce*, Amherst, The University of Massachusetts Press, 1967; la sigla è seguita dal numero di manoscritto – ad esempio, MS 318.

'RLT' sta per *Reasoning and the Logic of Things* (le *Cambridge Conferences* di Peirce del 1898), a cura di K.L. Ketner, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1992; la sigla è seguita dal numero di pagina – ad esempio, RLT: 191.

'W' sta per i *Writings of C.S. Peirce: a Chronological Edition*, 6 voll. pubblicati, a cura di M. Fisch et al., Bloomington, Indiana University Press, 1982-; la sigla è seguita dal numero di volume e di pagina – ad esempio, W1: 210: volume 1, pagina 210.

Alvazzi Del Frate, P. (2005), *Giurisprudenza e "référé législatif" in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli.

Barberis, M. (1990), *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli.

— (1999), "Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica", *Ars Interpretandi*, vol. 4, pp. 273-292.

— (2000), "Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici *à la génoise*", *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 1-36.

— (2003), *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli; seconda ed. 2005.

Baldwin, J.M. (1902), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, vol. II, New York, MacMillan.

Bayón, J.C. (2001), "¿Porqué es derrotable el razonamiento jurídico?", *Doxa*, vol. 24, pp. 35-62.

Bianchi, C. (2001), *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, Esi.

— (2003), *Pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza.

Bix, B.H. (2003), "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?", *Ratio Juris*, vol. 16, pp. 281-295.

Boler, J.F. (1963), *Charles Peirce and Scholastic Realism*, University of Washington Press.
Bulygin, E. (1995), *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli.
Canale, D. e Tuzet, G. (2005), "Interpretive Scorekeeping", *Analisi e diritto 2005*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 81-97.
Cattaneo, M.A. (1966), *Illuminismo e legislazione*, Milano, Edizioni di Comunità.
Cavalla, F. (a cura di) (2005), *Retorica, processo, verità*, Padova, Cedam.
Chauviré, C. (1995), *Peirce et la signification. Introduction à la logique du vague*, Paris, Puf.
Chiassoni, P. (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè.
Comanducci, P. (1997), "Principi giuridici e indeterminazione del diritto", *Analisi e diritto 1997*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 55-68.
— (2000), "Ragionamento giuridico", in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Padova, Cedam, pp. 79-136.
Dascal, M., Wróblewski, J. (1988), "Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law", *Law and Philosophy*, vol. 7, pp. 203-224.
Diciotti, E. (1992), "Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato", *Analisi e Diritto 1992*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 97-138.
Dworkin, R. (1977), *I diritti presi sul serio*, trad. di F. Oriana, Bologna, il Mulino, 1982.
Dummett, M. (1986), *La verità e altri enigmi*, ed. italiana a cura di M. Santambrogio, Milano, il Saggiatore.
— (2001), *La natura e il futuro della filosofia*, trad. di E. Picardi, Genova, Il Melangolo.
Endicott, T.A.O. (2000), *Vagueness in Law*, Oxford University Press.
— (2001), "Raz sulle lacune: una tesi sorprendente", *Ars Interpretandi*, vol. 6, pp. 367-393.
— (2005), "The Value of Vagueness", in *Vagueness in Normative Texts*, ed. by V. Bhatia, J. Engberg, M. Gotti and D. Heller, Bern, Peter Lang, pp. 27-48.
Engel, P. (1989), *La norme du vrai*, Paris, Gallimard.
Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
Ferrer, J. (2004), *Prova e verità nel diritto*, Bologna, il Mulino.
Forster, P. (2003), "The Logic of Pragmatism. A Neglected Argument for Peirce's Pragmatic Maxim", *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 39 (4), pp. 525-554.
Guastini, R. (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè.
— (2001), *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, Giappichelli; seconda ed. 2006.
Haack, S. (1974), *Deviant Logic, Fuzzy Logic: Beyond the Formalism*, The University of Chicago Press, 1996.
— (1978), *Philosophy of Logics*, Cambridge University Press.
Harman, G. (1965), "Inference to the Best Explanation", *The Philosophical Review*, vol. 74, pp. 88-95.
Hart, H.L.A. (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 593-629.
— (1961), *The Concept of Law*, second edition 1994, Oxford University Press.
Hilpinen, R. (1982), "On C.S. Peirce's Theory of the Proposition: Peirce as a Precursor of Game-Theoretical Semantics", *The Monist*, vol. 65, pp. 182-188.
— (1986), "The Logic of Imperatives and Deontic Logic", in J. Vuillemin (éd.), *Mérites et limites des méthodes logiques en philosophie*, Paris, Vrin, pp. 193-206.

— (2004), "On a Pragmatic Theory of Meaning and Knowledge", *Cognitio*, vol. 5, pp. 150-167.
Pazos, M.I. (2002), "Derrotabilidad sin Indeterminación", *Doxa*, vol. 25, pp. 441-470.
Jori, M. (1995), "Definizioni giuridiche e pragmatica", *Analisi e diritto 1995*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 109-144.
— (1997), "Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto", in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, Giuffrè, pp. 447-527.
Josephson, J.R. (2001), "On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation", *Cardozo Law Review*, vol. 22, pp. 1621-1643.
Kelsen, H. (1934), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. di R. Treves, Torino, Einaudi, 1952.
Luzzati, C. (1990a), *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè.
— (1990b), "Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto", *Analisi e diritto 1990*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 133-178.
— (1999), "Le metafore della vaghezza", *Analisi e diritto 1999*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, pp. 117-130.
— (2006a), "Ricominciando dal sorite", in *Interpretazione giuridica e retorica forense*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Milano, Giuffrè, pp. 29-60.
— (2006b), "1984 ovvero L'indifferenza dei princìpi", *Rassegna forense*, vol. 39 (2), in corso di stampa.
Mazzarese, T. (1996), *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli.
Misak, C. (1998), "Deflating Truth: Pragmatism vs. Minimalism", *The Monist*, vol. 81 (n. 3), pp. 407-425.
Modugno, F. (1998), *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, Cedam.
Moody, E. (1953), *Truth and Consequence in Mediaeval Logic*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company.
Moore, M.S. (2002), "Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology", *Law and Philosophy*, vol. 21, pp. 619-705.
Nerhot, P. (1994a), *Diritto – Storia*, Padova, Cedam.
— (1994b), *L'ipotesi perduta della legge*, Padova, Cedam.
— (1998), *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, Padova, Cedam.
Penco, C. (2004), *Introduzione alla filosofia del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza.
Redondo, M.C. (1997), "Teorías del derecho e indeterminación normativa", *Doxa*, vol. 20, pp. 177-196.
Ródenas, A. (2001), "En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa*, vol. 24, pp. 63-83.
Schiavello, A. (2004), *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli.
Schum, D.A. (2001), "Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation and Law", *Cardozo Law Review*, vol. 22, pp. 1645-1681.
Searle, J. (1999), *Mind, Language and Society*, London, Weidenfeld & Nicolson.
Solum, L.B. (1996), "Indeterminacy", in D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, pp. 488-502.
Thagard, P.R. (1978), "Semiotics and Hypothetic Inference in C.S. Peirce", *Versus*, nn. 19-20, pp. 163-172.
Thibaud, P. (1975), *La logique de Charles Sanders Peirce. De l'Algèbre aux Graphes*, Éditions de l'Université de Provence.

Tiercelin, C. (1993), *La pensée-signe. Études sur C.S. Peirce*, Nîmes, Éditions Jacqueline Chambon.
Tuzet, G. (2003), "L'abduzione percettiva", *Aquinas*, vol. XLVI (nn. 2-3), pp. 307-327.
— (2004), "Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici", *Sociologia del diritto*, vol. XXXI (n. 1), pp. 117-131.
— (2005), "Abduction and Deduction: Epistemic Justice vs. Political Justice?", in C. Dahlman, W. Krawietz (eds.), *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse*, Rechtstheorie, Beiheft 21, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 211-221.
— (2006), *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, Giappichelli.
Tye, M. (1990), "Vague Objects", *Mind*, vol. 99, pp. 535-557.
van Heijenoort, J. (1976), *Set-Theoretic Semantics*, in *Selected Essays*, Naples, Bibliopolis, 1985.
Varzi, A. (2001), *Parole, oggetti, eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, Carocci.
— (2005a), *Ontologia*, Roma-Bari, Laterza.
— (2005b), "Change, Temporal Parts, and the Argument from Vagueness", *Dialectica*, vol. 59: 485-498.
Viola, F. e Zaccaria, G. (2003), *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino.
Williamson, T. (1994), *Vagueness*, London, Routledge.

ABSTRACT

The paper analyzes different forms of indeterminacy and concentrates on logical and semantic indeterminacy. Relying on some theses of C.S. Peirce, it takes into consideration a pragmatic strategy for the reduction of indeterminacy and asks whether such a strategy holds for legal language as well. The nature of the law and the characters of legal language set a limit to that strategy, but an inferentialist version of it could show how indeterminacy can be reduced in a trial. The paper's conclusions suggest that indeterminacy is a feature that, on the one hand, cannot be completely eliminated from legal language but, on the other, can be suitably analyzed and reduced.

L'articolo analizza diverse forme di indeterminatezza e si concentra sull'indeterminatezza intesa in senso logico-semantico. Quindi, facendo riferimento a C.S. Peirce, considera una strategia pragmatica di riduzione di tale indeterminatezza e si chiede se tale strategia possa valere per la riduzione dell'indeterminatezza logico-semantica del linguaggio giuridico. Visti alcuni limiti di tale strategia in ambito giuridico, ne viene poi considerata una variante inferenzialista che sembra adeguata all'ambito processuale. Le conclusioni dell'articolo invitano a considerare l'indeterminatezza come qualcosa di cui, benché ineliminabile, è sempre possibile tanto una diagnosi quanto una prognosi.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

PIETRO FRANZINA

GLI OBBLIGHI POSITIVI INERENTI AL DIVIETO DI TORTURA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'interpretazione evolutiva della CEDU da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 3. I valori protetti dall'art. 3 della CEDU e l'esigenza di una loro garanzia concreta ed effettiva. — 4. Obblighi positivi e dovere degli Stati di assicurare un ricorso effettivo contro le violazioni della CEDU. — 5. Obblighi positivi e dovere degli Stati di riconoscere alle persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti garantiti dalla CEDU. — 6. Il carattere autonomo degli obblighi positivi ricostruiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione al divieto di tortura. — 7. Natura e contenuto degli obblighi positivi inerenti al divieto di tortura. — 8. (*Segue*). Il carattere assoluto degli obblighi positivi inerenti al divieto di tortura e il problema della «unità» di tale divieto pur nella sua articolazione fra obblighi negativi e obblighi positivi.

1. *Premessa*

L'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) stabilisce che «[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» ([1]).

([1]) Nel testo francese: «Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». In generale, sull'art. 3 della CEDU, v. di recente: F. TULKENS, *L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants: les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La sanction du droit - Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, 2001, p. 313 ss.; J. COOPER, *Cruelty. An analysis of Article 3*, London, 2003; M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani, in La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006, p. 352 ss.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, riprendendo un indirizzo ricostruttivo originariamente elaborato per altre disposizioni della CEDU, ha da tempo affermato che tale norma non costituisce soltanto la fonte di un dovere di astensione, ma pone a carico degli Stati anche dei veri e propri obblighi positivi, implicanti la necessità, per gli Stati stessi, di adottare concrete misure (legislative, amministrative, giudiziarie) volte alla protezione degli individui contro le condotte contemplate dal divieto ([2]).

In queste pagine intendiamo ripercorrere la vicenda interpretativa che ha condotto alla «emersione» di tali obblighi nella giurisprudenza europea, esaminando, in particolare, il fondamento normativo su cui sono stati costruiti ed il contenuto che gli stessi appaiono suscettibili di assumere ([3]).

([2]) Il tema degli obblighi positivi è stato sviluppato dai giudici di Strasburgo soprattutto in relazione all'art. 2, sul diritto alla vita, e in relazione all'art. 8, sul rispetto della vita personale e familiare; v. rispettivamente, fra le molte pronunce, la sentenza 9 giugno 1998, *L.C.B.* c. *Regno Unito* (ric. n. 23413/94), in *Recueil des arrêts et décisions* (di seguito, *Recueil*), 1998-III, par. 36, e la sentenza (della Grande Camera) 19 febbraio 1998, *Guerra e altri* c. *Italia* (ric. n. 14967/89), ivi, 1998-I, par. 58. In termini generali, la Corte ha riconosciuto che «l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif», risultando in ultima analisi non necessario, ai fini della ricostruzione degli obblighi gravanti sugli Stati in forza della CEDU, distinguere fra violazioni «attive» e violazioni «omissive»; così la sentenza 9 ottobre 1979, *Airey* c. *Irlanda* (ric. n. 6289/73), in *Recueil des arrêts et des décisions - série A* (di seguito, *Recueil - série A*), n. 32, par. 25. Obblighi positivi sono stati ricostruiti, su queste basi, anche in rapporto a varie altre disposizioni della CEDU: cfr., ad esempio, la sentenza 29 febbraio 2000, *Fuentes Bobo* c. *Spagna* (ric. n. 39293/98), consultabile nella banca dati *Hudoc*, a partire dal sito *http://www.echr.coe.int*, par. 38 (sugli obblighi positivi inerenti all'art. 10, in tema di libertà di espressione), la sentenza 18 giugno 2002, *Öneryildiz* c. *Turchia* (ric. n. 48939/99), ivi, par. 134 ss., e la sentenza 2 marzo 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt* c. *Belgio* (ric. n. 9267/81), in *Recueil - série A*, n. 113, par. 50 (relative agli articoli 1 e 3 del primo protocollo addizionale, sul rispetto dei beni e il diritto a libere elezioni). In dottrina, v. in generale: G. MALINVERNI, *Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'evoluzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il ruolo del giudice internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario*, a cura di F. Salerno, Padova, 1995, p. 130 ss.; F. SUDRE, *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, a cura di P. Mahoney e altri, Köln, 2000, p. 1359 ss.; C. DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, 2003; B. CONFORTI, *Exploring the Strasbourg case-law: reflections on State responsibility for the breach of positive obligations*, in *Issues of State responsibility before international judicial institutions*, a cura di M. Fitzmaurice e D. Sarooshi, Oxford, 2004, p. 129 ss.; A.R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on human rights*, Oxford, 2004.

([3]) Nella presente indagine, limitata alla CEDU, non si potrà dar conto dello sviluppo del tema dei doveri positivi in altri regimi internazionali per la tutela dei

2. *L'interpretazione evolutiva della* CEDU *da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo*

È ricorrente, nella giurisprudenza di Strasburgo, l'affermazione secondo la quale la CEDU costituisce «un instrument vivant», da interpretare «à la lumière des conditions de vie actuelles» onde raccordare la tutela da essa offerta al mutare della società e dei valori cui è sensibile (4). Il *favor* dimostrato dai giudici europei per una lettura in chiave evolutiva del regime pattizio (5) costituisce solo una delle manifestazioni dello «stile» che ne caratterizza l'opera ermeneutica. La Corte, che pure ha dichiarato in più occasioni di ritenersi vincolata alle regole interpretative poste dagli articoli 31 e seguenti della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati (6), ha infatti elaborato un approccio per molti aspetti originale (7),

---

diritti umani. Sull'argomento, v. di recente R. KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p. 254 ss., e A.L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale*, in *Comunità int.*, 2005, p. 269 ss. e p. 471 ss.

(4) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 aprile 1978, *Tyrer* c. *Regno Unito* (ric. n. 5856/72), in *Recueil - série A*, n. 26, par. 31. La Corte ha altrove osservato che, pur non ritenendosi formalmente vincolata alle proprie precedenti decisioni, «il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents» ma che, essendo la CEDU «avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme», è comunque necessario «que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoires», giacché «[s]i la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration»; Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 28 maggio 2002, *Stafford* c. *Regno Unito* (ric. n. 46295/99), in *Recueil*, 2002-IV, par. 68.

(5) S. PREBENSEN, *Evolutive interpretation of the European Convention on human rights*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, cit., p. 1123 ss.

(6) La Corte, si legge nella sentenza 21 febbraio 1975, *Golder* c. *Regno Unito* (ric. n. 4451/70), in *Recueil - série A*, n. 18, par. 29 ss., «est disposée à considérer ... qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités», posto che tali disposizioni «énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru». Richiami espressi alle norme ora citate si rinvengono, ad esempio, anche nella sentenza 21 febbraio 1986, *James e altri* c. *Regno Unito* (ric. n. 8793/79), ivi, n. 98, par. 42 e par. 64, e nella sentenza 20 marzo 1991, *Cruz Varas* c. *Svezia* (ric. n. 15576/89), ivi, n. 201, par. 100. L'art. 31 della Convenzione di Vienna, recante la «regola generale d'interpretazione», stabilisce al par. 1 che «[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but».

(7) F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des*

modellato sulle caratteristiche della CEDU e sulla peculiare natura del sistema di protezione cui questa ha dato vita (8). La CEDU, hanno infatti osservato i giudici di Strasburgo, si discosta dal modello «classico» dei trattati internazionali giacché essa, «[e]n sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux», pone a carico degli Stati «des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective"» (9). Su queste basi, la Corte ha affermato la propria intenzione di non conformarsi al canone ricostruttivo tradizionale (ma estraneo come tale al diritto «codificato» dei trattati) secondo cui, in ossequio all'idea della fisiologica «pienezza» della sovranità statale, occorre per regola privilegiare una ricostruzione in senso restrittivo degli obblighi pattizi: si tratta di stabilire, piuttosto, quale sia «l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité» (10).

Dalle parole dei giudici di Strasburgo emerge come la trama testuale della CEDU possa doversi piegare alle finalità di tutela che ne ispirano il sistema, e ciò in conformità alle già menzionate regole ermeneutiche poste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che appunto prescrivono di valorizzare, tra l'altro, l'oggetto e lo scopo delle norme da interpretare (11). Tali finalità occupano, anzi, una collocazione centrale nel discorso della Corte e sono da questa ricorrentemente invocate in funzione di una lettura estensiva delle norme patrizie (12), secondo uno schema che conosce manifestazioni frequenti anche nella prassi appli-

---

droits de l'homme, in *Raisonner la raison d'Etat: vers une Europe des droits de l'homme*, a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1989, p. 405 ss.

(8) Sullo «stile» degli organi di Strasburgo v.: F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle: les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di F. Sudre, Bruxelles, 1998, p. 15 ss.; O. JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, 2ª ed., a cura di L.-E. Pettiti, E. Decaux e P.-H. Imbert, Paris, 1999, p. 41 ss.; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue?*, in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, a cura di F. Lichère, L. Potvin-Solis e A. Raynouard, Bruxelles, 2003, p. 167 ss.

(9) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 settembre 1978, *Irlanda* c. *Regno Unito* (ric. n. 5310/71), in *Recueil - série A*, n. 25, par. 239.

(10) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 giugno 1968, *Wemhoff* c. *Germania* (ric. n. 2122/64), in *Recueil - série A*, n. 7, par. 8.

(11) Sul tema, v. di recente R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, 2006, p. 531 ss.

(12) Per un esempio particolarmente eloquente, v. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 23 marzo 1995, *Loizidou* c. *Turchia* (eccezioni preliminari) (ric. n. 15318/89), in *Recueil - série A*, n. 310 parr. 72 ss. e 89.

cativa, specie giudiziaria, di altre norme internazionali sui diritti umani ([13]).

Questo modo di procedere, che pure denota il particolare «attivismo» della Corte europea dei diritti dell'uomo, non è incompatibile, nella visione della stessa Corte, con la funzione propriamente «giurisdizionale» di cui essa è investita: per i giudici di Strasburgo, il ruolo loro assegnato si esaurisce nella *interpretazione* del disposto convenzionale, restando estraneo a tale missione qualsiasi funzione «creativa» ([14]). In quest'ottica, la lettura «dinamica» della CEDU si muove, o almeno pretende di muoversi, *all'interno* del perimetro della norma, con lo scopo di «far dire» alla norma medesima tutto ciò che essa è idonea ad esprimere, ma nulla più di questo ([15]).

Il corollario di questo assunto è la speciale importanza che viene a rivestire la «giustificazione», sul piano tecnico-giuridico (e dunque nella prospettiva delle regole ermeneutiche sopra ricordate), delle soluzioni interpretative accolte dalla Corte ([16]).

([13]) V. in generale: R. BERNHARDT, *Thoughts on the interpretation of human-rights treaties*, in *Protecting human righs: the European dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, a cura di F. Matscher e H. Petzold, Köln, 1988, p. 65 ss.; P. WACHSMANN, *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, 1998, p. 157 ss.

([14]) Cfr. la sentenza 18 dicembre 1986, *Johnston e altri* c. *Irlanda* (ric. n. 9697/82), in *Recueil – série A*, n. 112, par. 53, dove la Corte ha affermato di non reputarsi legittimata a ricavare dalla CEDU, per via di interpretazione, «un droit qui n'y a pas été inséré au départ». Non si può peraltro non segnalare che formule come quella testé ricordata riflettono un vero e proprio *topos* nella retorica dei giudici internazionali, di cui celano talora una spiccata inclinazione verso la creatività; al riguardo, v. ancora R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, cit., p. 365 ss.

([15]) Per una riflessione sul ruolo della Corte, fra rispetto degli equilibri originari del sistema e attivismo giudiziario, v.: P. MAHONEY, *Judicial activism and judicial self-restraint in the European court of human rights: two sides of the same coin*, in *Human rights law journal*, 1990, p. 57 ss.; J.-F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux défis*, a cura di J.-F. Flauss e M. De Salvia, Bruxelles, 1997, p. 69 ss.

([16]) Sintomatico dell'atteggiamento di *self restraint* di cui i giudici europei si sentono in dovere di dar prova quando affrontano il tema degli obblighi positivi è, ad esempio, il richiamo al carattere «essenzialmente» negativo degli obblighi assunti dagli Stati in virtù dell'art. 3 della CEDU; cfr. la sentenza 25 aprile 2002, *Pretty* c. *Regno Unito* (ric. n. 2346/02), in *Recueil*, 2002-III, par. 50. D'altro canto, è proprio in relazione alla dottrina degli obblighi positivi che sono state spesso rivolte alla Corte delle accuse di eccessivo attivismo; v. in argomento P. VAN DIJK, *"Positive obligations" implied in the European Convention on human rights: are the States still the "masters" of the Convention?*, in *The role of the nation-State in the 21st century: human rights, international organisations, and foreign policy – Essays in honour of Peter Baehr*, a cura di M.Ch. Castermans-Holleman, F.J.H. van Hoof e J. Smith, The Hague, 1998, p. 17 ss.

In tale prospettiva, la scelta di procedere ad una lettura teleologica della CEDU implica anzitutto la necessità di identificare con sufficiente precisione le finalità che essa mira a realizzare, e ciò — in linea con quanto stabilisce il menzionato art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati — non può che avvenire con riferimento al *testo* delle sue disposizioni e alla luce del *contesto* in cui queste debbono operare ([17]).

3. *I valori protetti dall'art. 3 della CEDU e l'esigenza di una loro garanzia concreta ed effettiva*

Per identificare i valori che il divieto di tortura mira a preservare conviene soffermarsi, per prima cosa, sulle fattispecie contemplate dall'art. 3 e sui loro elementi costitutivi. In realtà, la CEDU non stabilisce espressamente che cosa debba intendersi per «tortura», per «pena» e per «trattamento», né chiarisce quali fattori siano in grado di conferire ad una data pena o ad un determinato trattamento il connotato «inumano» o «degradante» evocato dalla norma.

Conformemente all'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, tali espressioni debbono essere intese nel loro «significato ordinario», con la precisazione che — per non pregiudicare la realizzazione degli scopi del regime pattizio e l'uniforme efficacia delle sue disposizioni negli Stati contraenti — le espressioni appartenenti al linguaggio tecnico-giuridico (come «pena», ad esempio) debbono essere considerate alla stregua di nozioni «autonome», da ricostruire avendo riguardo ai caratteri e alle finalità della CEDU e non come un rinvio alle categorie concettuali di questo o quell'ordinamento ([18]).

Dalla giurisprudenza della Corte — che ha messo in luce il diverso grado di gravità sotteso rispettivamente all'idea di «tortura», di «trattamento inumano» e di «trattamento degradante» ([19]) — emerge in particolare che

---

([17]) La considerazione di questi elementi — testo, finalità, contesto — è implicita nella «regola generale d'interpretazione» stabilita dal già ricordato art. 31 della Convenzione di Vienna. È la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, del resto, a riconoscere che, «[t]el que le prévoit la "règle générale" de l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe; ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article»; così la sentenza *Golder*, cit., par. 30.

([18]) Sull'argomento, v. in generale E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996.

([19]) Gli organi della CEDU hanno ripetutamente osservato, in questa prospettiva, che «un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3»; così, fra le molte sentenze, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Akkoç* c. *Turchia*, 10 ottobre 2000 (ric. n. 22947/93 e n. 22948/93), in *Recueil*, 2000-X, par. 114. È del pari nel quadro di un apprezzamento complessivo dell'intensità delle

un atto, per potersi dire «inumano» ai fini della norma in parola, deve di regola concretarsi in una condotta premeditatamente tesa ad arrecare (quanto meno) delle sofferenze *fisiche* alla vittima, laddove, per essere «degradante», deve in genere comportare una menomazione della sua sfera emotiva, idonea a trasmettere all'individuo un sentimento di umiliazione e di avvilimento o a spingerlo a comportarsi in modo contrario ai dettami della propria volontà o coscienza ([20]). Sulla base di questi dati, per quanto risulti difficile (oltre che non sempre indispensabile a fini applicativi) tracciare una distinzione netta fra «inumanità» e «degradazione» ([21]), è possibile affermare che nel primo caso l'accento venga posto sul valore dell'integrità fisica del singolo e, nel secondo, sulla sua dignità ([22]).

---

sofferenze cagionate alla vittima che la Corte — in assenza di un'esplicita definizione rinvenibile nel dettato convenzionale — ha definito il concetto di «tortura»: nella sentenza *Irlanda* c. *Regno Unito*, cit., par. 168, essa ha rilevato che la CEDU, «en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances».

([20]) V. in questo senso A. ESPOSITO, *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, 2001, p. 57 s. L'esame delle decisioni della Corte relative all'art. 3 mostra, peraltro, come la distinzione affacciata nel testo abbia un valore meramente indicativo e richieda di essere applicata, in concorso con altri parametri (questa volta riferiti all'atteggiamento psicologico del soggetto che somministra i trattamenti alla vittima), con una certa flessibilità. Riassumendo la propria giurisprudenza sul punto, la Corte ha recentemente osservato di aver per lo più ritenuto «inumano» un trattamento «appliqué avec préméditation pendant des heures» allorché avesse causato «soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales», e di aver invece considerato «degradante» un trattamento suscettibile di «inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir», con la precisazione che a tal fine può essere comunque necessario accertare «si le but était d'humilier et de rabaisser l'intéressé et si, considérée dans ses effets, la mesure a ou non atteint la personnalité de celui-ci d'une manière incompatible avec l'article 3»; così Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 maggio 2006, *Kadikis* c. *Lettonia* (n. 2) (ric. n. 62393/00), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 46. Una ricognizione dei *dicta* della Corte relativi alla definizione delle espressioni impiegate nell'art. 3 è proposta da J. COOPER, *Cruelty*, cit., p. 9 ss.; v. altresì J. VORHAUS, *On degradation - Part one: Article 3 of the European Convention on human rights*, in *Common law world review*, 2002, p. 374 ss., e ID., *On degradation - Part two: Degrading treatment and punishment*, ivi, 2003, p. 65 ss.

([21]) Alcune delle condotte vietate dall'art. 3, d'altro canto, incidono per loro natura sia sull'integrità fisica sia sulla psiche della vittima, come nel caso della violenza sessuale; cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 25 settembre 1997, *Aydin* c. *Turchia* (ric. n. 23178/94), in *Recueil*, 1997-VI, par. 83.

([22]) Sul valore della dignità nella sistema della CEDU, v. B. MAURER, *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1999, specie p. 263 ss.

Questi valori beneficiano di uno *status* particolare nel quadro della CEDU. A testimoniare lo speciale rilievo loro riconosciuto sta anzitutto, in un'ottica sistematica, la concorrente tutela accordata a tali valori da altre previsioni della CEDU e dei suoi Protocolli, e in particolare dall'art. 2, che tutela il diritto alla vita, e dal Protocollo n. 6, relativo all'abolizione della pena di morte (23). Il dato — oltre a trovare un ulteriore conferma nelle norme sulla tortura dettate da strumenti estranei alla CEDU (24), ma non per questo privi di rilievo per l'interpretazione di quest'ultima nel più ampio contesto degli strumenti per la protezione internazionale dei diritti fondamentali (25) — è stato rimarcato a più riprese anche dai giudici di Strasburgo, i quali hanno affermato, anche su questa base, il carattere «assoluto» della proibizione di cui all'art. 3. Gli Stati contraenti, infatti, non possono *in nessun caso* venir meno agli obblighi assunti in forza di tale disposizione o comprimerne anche temporaneamente la portata: l'art. 3 è posto a presidio de «l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» ed esige — come emerge anche dall'art. 15 della CEDU (26) — di essere osservato anche nelle circostanze più difficili in cui uno Stato può

---

(23) Il Protocollo, aperto alla firma a Strasburgo il 28 aprile 1983, vincola attualmente quarantacinque Stati.

(24) Si pensi, ad esempio, all'art. 7 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, aperto alla firma il 16 dicembre 1966 (in *United Nations Treaty Series*, vol. 999, p. 171 ss.), alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, aperta alla firma il 10 dicembre 1984 (ivi, vol. 1465, p. 85 ss.), e all'art. 5 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 21 novembre 1969 (ivi, vol. 1144, p. 123 ss.).

(25) Nella prospettiva delle regole dell'ermeneutica convenzionale, la giustificazione di questo modo di procedere va ricercata nell'art. 31, par. 3, lett. *c*), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, onde l'interprete, nel ricostruire il senso delle disposizioni di un trattato, deve tener conto, assieme al contesto, «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Sul ricorso a tali regole nella giurisprudenza della Corte, v. in generale J.-F. FLAUSS, *Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Zürich, 2002, p. 159 ss.

(26) L'art. 15, nel consentire agli Stati di adottare delle deroghe agli obblighi convenzionali «[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», fa espressamente salve alcune disposizioni della CEDU, fra cui appunto l'art. 3. Il carattere assoluto del divieto è frequentemente richiamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; ad esempio, nella pronuncia relativa all'affare *Irlanda* c. *Regno Unito*, cit., par. 163, si legge che la CEDU «prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants», sottolineando come questo elemento valga a distinguere l'art. 3 dalla maggior parte delle disposizioni materiali della CEDU medesima e dei suoi Protocolli.

essere chiamato ad impiegare la forza, come nella lotta al terrorismo o nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata ([27]).

Particolarmente sentita, anche alla luce di ciò, è l'esigenza di assicurare ai valori in discorso una tutela *effettiva*. La Corte, riferendosi all'insieme delle disposizioni della CEDU, ha ripetutamente osservato che il fine di quest'ultima «consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs» ([28]). Proprio il richiamo alla effettività, del resto, è all'origine di alcuni importanti sviluppi interpretativi del divieto di tortura promossi dalla Corte per regolare situazioni non contemplate dai redattori della CEDU ma ugualmente capaci di spiegare un'incidenza negativa sui valori da essa tutelati ([29]).

Emblematico, da questo punto di vista, è stato l'impiego dell'art. 3 della CEDU per ricostruire gli obblighi gravanti sugli Stati in tema di espulsione ed estradizione ([30]). Nella sentenza relativa al caso *Soering*, la Corte europea dei

---

([27]) Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 6 aprile 2000, *Labita* c. *Italia* (ric. n. 26772/95), in *Recueil*, 2000-IV, par. 119. L'affermazione, non infrequente nella giurisprudenza degli organi della CEDU, si legge ad esempio anche in Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 26 ottobre 2000, *Kudla* c. *Polonia* (ric. n. 30210/96), ivi, 2000-XI, par. 90. La natura assoluta della proibizione della tortura non esclude che gli Stati, nel definire i mezzi con cui assicurano la tutela dei valori espressi dal divieto, possano legittimamente tener conto degli obblighi loro imposti dal diritto internazionale generale per la salvaguardia di *altri* interessi e dunque rendere eccezionalmente indisponibili alcuni di quei mezzi (quelli risarcitori in sede civile) in modo da rispettare, ad esempio, l'immunità degli Stati stranieri; v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 novembre 2001, *Al-Adsani* c. *Regno unito* (ric. n. 35763/97), in *Recueil*, 2001-XI, par. 59 ss. Sul carattere assoluto del divieto di cui all'art. 3 CEDU e degli analoghi divieti di tortura in altri strumenti internazionali, v. FIORAVANTI, *Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con obblighi internazionali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 555 ss.

([28]) La formula, fra le più ricorrenti nel linguaggio della Corte, si legge ad esempio nella sentenza 13 maggio 1980, *Artico* c. *Italia* (ric. n. 6694/74), in *Recueil - série A*, n. 37, par. 33.

([29]) Circa le direttrici della giurisprudenza di Strasburgo nella interpretazione estensiva del divieto di tortura, v. F. SUDRE, *Article 3*, in *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, cit., p. 161 ss.

([30]) Su questo tema, v. V. STARACE, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione - Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini, 29-30 ottobre 1999*, a cura di F. Salerno, Padova, 2003, p. 97 ss., e G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, p. 165 ss., nonché, più recentemente, i contributi raccolti in *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di P. Lambert e Ch. Pettiti, Bruxelles, 2003. Gli inconvenienti propri di elaborazione pretorie come questa, specie per quanto riguarda la scarsa certezza con cui risultano ricostruiti i diritti spettanti all'individuo, sono messi in evidenza da Y. ARAI-TAKAHASHI, *"Uneven, but in the direction of enhanced effectiveness": a critical analysis of "anticipatory*

diritti dell'uomo, chiamata ad accertare l'applicabilità dell'art. 3 della CEDU alla decisione inglese di estradare il ricorrente negli Stati Uniti d'America, dove avrebbe potuto patire la «sindrome del braccio della morte» in attesa dell'esecuzione della pena capitale cui era stato condannato, ha affermato che la CEDU, pur non consacrando un diritto a non essere estradato, può — quando una decisione di estradizione pregiudichi «par ses conséquences» l'esercizio di un diritto garantito — «faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante» ([31]). Da qui, la sindacabilità ai sensi dell'art. 3 della condotta con la quale uno Stato contraente esponga un individuo al rischio serio e concreto di subire in uno Stato terzo un trattamento incompatibile con tale norma.

La necessità di realizzare una tutela *effettiva* dell'integrità fisica e della dignità della persona contro atti crudeli e degradanti trova un'ulteriore conferma nell'esistenza di una specifica convenzione — anch'essa elaborata in seno al Consiglio d'Europa ed attualmente in vigore per oltre quaranta Stati, tutti vincolati dalla CEDU — relativa alla *prevenzione* della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti inflitti a persone private della libertà personale ([32]). Tale strumento, incentrato sull'istituzione di un Comitato per la prevenzione della tortura, incaricato di effettuare delle «visite» negli Stati contraenti, mostra come una porzione significativa degli Stati parti della CEDU abbia percepito la necessità di innalzare (nei confronti di una particolare categoria di soggetti, le persone private della libertà personale) l'efficacia della tutela assicurata dall'art. 3 della CEDU, scongiurando il verificarsi di condotte vietate da tale disposizione ([33]).

---

ill-treatment" under article 3 ECHR, in *Netherlands quarterly of human rights*, 2002, p. 5 ss.

([31]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 7 luglio 1989, *Soering* c. *Regno Unito* (ric. n. 14038/88), in *Recueil - série A*, n. 161, par. 85 ss.

([32]) Per il testo della Convenzione e lo stato aggiornato delle ratifiche e delle adesioni, v. il sito *http://conventions.coe.int*. In argomento, v. per tutti K. GINTHER, *The European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*, in *European journal of international law*, 1990, p. 123 ss.

([33]) L'esistenza di un collegamento fra la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e la CEDU è reso esplicito dal preambolo della prima Convenzione, dove si legge che le persone che si considerano vittime di una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possono avvalersi del meccanismo di protezione previsto da quest'ultimo strumento, ma che gli Stati contraenti della Convenzione sulla tortura hanno ritenuto di dover rinforzare tale tutela «par un mécanisme non judiciaire, a caractère préventif». Il raccordo di ordine funzionale fra la Convenzione sulla tortura e la CEDU consente di valorizzare il primo dei due strumenti nella interpretazione del secondo, conformemente all'art. 31, par. 3, lett. *a*), della menzionata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che prescrive di tener conto, assieme al contesto del trattato, «de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de ... l'application de ses dispositions».

4. *Obblighi positivi e dovere degli Stati di assicurare un ricorso effettivo contro le violazioni della* CEDU

Individuati i valori protetti dall'art. 3, chiaritane la rilevanza all'interno del sistema della CEDU e tratteggiate in ragione di ciò le modalità, concrete ed effettive, che deve assumere la loro tutela nell'ambito del regime pattizio, è agevole comprendere come il divieto di tortura possa aver conosciuto — nella giurisprudenza di Strasburgo — un'evoluzione significativa, che ha portato a configurare, in capo agli Stati, obblighi più ampi e più incisivi di quelli immediatamente desumibili dalla lettera della norma.

Lo sviluppo a cui alludiamo ha preso più di una direzione ([34]). Una prima linea evolutiva ha riguardato i parametri probatori relativi all'accertamento, da parte della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, della mancata osservanza dell'art. 3. Gli organi della CEDU hanno più volte asserito che la fondatezza in punto di fatto di una doglianza basata sulla norma *de qua* — cioè di un addebito particolarmente odioso nei confronti dello Stato convenuto — esige di essere provata, nel procedimento, al di là di ogni ragionevole dubbio («au-delà de tout doute raisonnable») ([35]). In tempi più recenti, pur senza venir meno a questo assunto, i giudici europei hanno ammesso, invece, che possono darsi situazioni — per lo più caratterizzate da una speciale vulnerabilità della vittima, come avviene in particolare quando questa lamenti di aver subito dei maltrattamenti in un periodo di privazione della libertà personale — in cui spetta piuttosto allo Stato convenuto l'onere di dimostrare che il trattamento subito dal ricorrente

---

([34]) L'evoluzione di cui si parla nel testo, benché suscettibile di essere analizzata in funzione di linee direttrici diverse, appare indirizzata *nel suo complesso* verso un innalzamento della tutela assicurata agli individui. Questo generale orientamento si evince, ad esempio, dalla lettura evolutiva del concetto di tortura (su cui v. *supra*, nota 19), avendo la Corte rilevato che «certains actes autrefois qualifiés de "traitements inhumains et dégradants", et non de "torture", pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir», dato che «le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques»; così Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 luglio 1999, *Selmouni* c. *Francia* (ric. n. 25803/94), in *Recueil*, 1999-V, par. 101. Questo e altri indizi della tendenza degli organi di Strasburgo ad innalzare per via interpretativa la protezione contro la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti sono esaminati da H. FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des Etats membres: l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, Paris, 1996, pp. 49 ss e 177 ss.

([35]) Sentenza *Irlanda* c. *Regno Unito*, cit. par. 161. Nella giurisprudenza recente, v. la sentenza 13 ottobre 2005, *Mogos* c. *Romania* (ric. n. 20420/02), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 93.

(di cui constino *prima facie* delle evidenze) non integri nella specie una violazione dell'art. 3 ([36]).

Quella sulla quale intendiamo concentrare la nostra attenzione è però un'altra direttrice lungo la quale è andata sviluppandosi l'interpretazione della norma in esame, e riguarda — come si è detto — la rilettura in chiave «positiva» degli obblighi da essa derivanti. Tale sviluppo si è tradotto in un approccio ermeneutico volto a favorire l'emersione di veri e propri obblighi di intervento in capo agli Stati, implicanti l'adozione di misure legislative o amministrative volte a garantire la piena realizzazione dei valori protetti dalla CEDU.

Per questa evoluzione — che partecipa di un movimento più ampio, teso a favorire in linea generale l'assunzione di un ruolo attivo degli Stati contraenti, cui viene oramai richiesto di impegnarsi sul terreno della *promozione* dei diritti umani anziché soltanto sul terreno «tradizionale» della non ingerenza nella sfera dell'individuo ([37]) — i giudici di Strasburgo hanno anzitutto ritenuto di poter far leva sull'art. 13 della CEDU. Tale disposizione garantisce a chiunque lamenti la violazione dei diritti e delle libertà riconosciute dalla CEDU medesima il «diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali» ([38]).

Nella pronuncia relativa al caso *Aksoy*, resa nel 1996, la Corte europea dei

---

([36]) V. in proposito: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 agosto 1992, *Tomasi* c. *Francia* (ric. n. 12850/87), in *Recueil - série A*, n. 241-A, par. 108 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 dicembre 1995, *Ribitsch* c. *Austria* (ric. n. 18896/91), ivi, n. 336, par. 34. Più recentemente, v. la sentenza 1° marzo 2001, *Berktay* c. *Turchia* (ric. n. 22493/93), par. 167, e la sentenza 22 maggio 2001, *Altay* c. *Turchia* (ric. n. 22279/93), par. 50, entrambe reperibili nella già menzionata banca dati *Hudoc*. Sull'evoluzione di cui si parla nel testo, v. P. VAN NUFFEL, *L'appréciation des faits et leur preuve par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires mettant en cause les forces de sécurité accusées d'homicides et d'actes de torture: le doute raisonnable et l'inhumain*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 856 ss.

([37]) Nella sentenza *Airey*, cit., par. 26, la Corte significativamente ha riconosciuto che alcuni dei diritti garantiti dalla CEDU «ont des prolongements d'ordre économique ou social». Come osserva F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7ª ed., Paris, 2005, p. 234 s., la nozione di «obbligo positivo», elaborata dagli organi della CEDU, «invite à dépasser le clivage artificiel ... opéré au sein des droits individuels entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», e ciò sul presupposto che «[l]es libertés individuelles ne sont pas irréductibles à l'environnement social: tous les droits son vécus dans et par la société et sont des droits de l'homme en société».

([38]) Il testo francese della norma recita: «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles». In generale, v. su tale norma R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 277 ss.

diritti dell'uomo ha rilevato che il diritto garantito dall'art. 3 della CEDU presenta, per sua natura, «des implications pour l'article 13» ed ha precisato che, tenuto conto dell'importanza fondamentale assegnata al divieto di tortura, l'art. 13 «impose aux Etats, sans préjudice de tout autre recours disponible en droit interne, une obligation de mener une enquête approfondie et effective au sujet des cas de torture»; in queste condizioni, hanno soggiunto i giudici di Strasburgo, «lorsqu'un individu formule une allégation défendable de tortures subies aux mains d'agents de l'Etat, la notion de "recours effectif" ... implique ... des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête» ([39]).

Nella motivazione della sentenza la Corte ha rilevato che le obbligazioni positive così configurate a carico degli Stati non trovano un esplicito riscontro nel *testo* della CEDU, laddove — lo osserva la Corte stessa — altri strumenti internazionali in tema di tortura e trattamenti inumani o degradanti si preoccupano di prevedere in modo espresso doveri di tale natura ([40]).

([39]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 18 dicembre 1996, *Aksoy* c. *Turchia* (ric. n. 21987/93), in *Recueil*, 1996-VI, par. 98. La Corte ha sviluppato in tale pronuncia il c.d. «volet procédural» dell'art. 3, «scoperto» dai giudici europei nell'ambito della rilettura in chiave positiva di tale norma. Giova osservare, per inciso, come gli stessi giudici abbiano talora creduto di poter scorgere nell'inerzia delle autorità giudiziarie statali anche una violazione degli obblighi «negativi» stabiliti dall'art. 3 della CEDU. Nella sentenza 9 novembre 2006, *Imakayeva* c. *Russia* (ric. n. 7615/02), pubblicata solamente in inglese nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 161 ss., la Corte ha accertato che la ricorrente si era vista arrecare, da parte delle autorità russe, un trattamento incompatibile con il divieto dell'art. 3 per il fatto di non aver ottenuto da queste ultime, malgrado numerose iniziative in tal senso distribuite lungo un arco temporale di più anni, alcuna notizia circa la sorte del marito e del figlio, vittime a suo dire di un fenomeno di sparizione forzata. I giudici di Strasburgo hanno allora concluso che «the applicant suffered, and continues to suffer, distress and anguish as a result of the disappearance of her son and husband and of her inability to find out what had happened to them», precisando che «[t]he manner in which her complaints have been dealt with by the authorities must be considered to constitute inhuman treatment contrary to Article 3». Considerazioni in sostanza non dissimili, in quanto riferite ad un caso in cui una medesima condotta ha comportato una violazione della CEDU in danno della vittima diretta ed una ulteriore autonoma violazione (dell'art. 3) in danno dei congiunti di quest'ultima, si trovano nella sentenza 24 marzo 2005, *Akkum e altri* c. *Turchia* (ric. n. 21894/93), in *Recueil*, 2005-II, par. 252 ss.

([40]) In particolare, l'art. 12 della citata Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura stabilisce che «[t]out Etat partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire sous sa juridiction». Obblighi positivi vengono stabiliti anche all'art. 13 della Convenzione, ai sensi del quale gli Stati s'impegnano ad assicurare «à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit Etat qui procéderont immédiatement et

Senonché, per i giudici europei, l'esigenza che in casi di questo genere l'azione statale si spinga sino all'accertamento dei fatti e alla repressione delle condotte lesive «découle implicitement de la notion de "recours effectif", au sens de l'article 13», per cui gli obblighi positivi indicati poc'anzi debbono ritenersi compresi nel divieto di cui all'art. 3, in quanto letto «sistematicamente» alla luce del diritto ad un ricorso effettivo ([41]). Se si optasse per una diversa interpretazione delle norme ora citate — hanno precisato i giudici di Strasburgo in una successiva sentenza, valorizzando l'elemento finalistico della propria argomentazione, oltre al citato raccordo tra l'art. 3 e l'art. 13 della CEDU — il divieto di tortura, «nonobstant son importance fondamentale», sarebbe sprovvisto della necessaria effettività, al punto che «il serait possible ... à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle» ([42]).

La sostanza di questi rilievi è stata ripresa dai giudici europei in una serie di pronunce successive, anche se talora, per giungere alle proprie conclusioni, la Corte si è fondata in modo pressoché esclusivo sull'art. 13 della CEDU, senza pretendere di ricostruire a partire da esso l'esistenza di specifici doveri positivi inquadrabili nell'art. 3.

Un esempio di questo modo di procedere è offerto dalla pronuncia relativa al caso *Aydin*, dove la Corte ha ribadito che il mancato avvio di un'adeguata indagine da parte delle autorità statali in ordine al trattamento subito dalla ricorrente per mano di agenti di polizia (e dalla stessa Corte ritenuto integrare una «tortura» ai sensi dell'art. 3) configurava una violazione degli obblighi stabiliti nella CEDU, e più specificamente di quelli previsti dell'art. 13 ([43]). A giocare un ruolo decisivo, in quell'occasione, è stato il fatto che la ricorrente, per l'accertamento dei fatti da essa lamentati, dipendeva dall'ini-

---

impartialement à l'examen de sa cause», aggiungendo che «[d]es mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite». Sul tema v. in generale N. ROHT-ARRIAZA, *Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute and provide redress*, in *Impunity and human rights in international law and practice*, a cura di N. Roht-Arriaza, Oxford, 1995, p. 24 ss.

([41]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Aksoy*, cit., par. 98.

([42]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 ottobre 1998, *Assenov e altri* c. *Bulgaria* (ric. n. 24760/94), in *Recueil*, 1998-VIII, par. 102. La pronuncia riguardava i maltrattamenti che un giovane zigano, il sig. Assenov, asseriva di aver subito per mano di agenti di polizia bulgari. La Corte, dopo aver rilevato che le prove raccolte non consentivano di dimostrare l'imputabilità delle lesioni subite dal ricorrente all'azione delle forze dell'ordine (par. 100), ha nondimeno ritenuto sussistente una violazione dell'art. 3, in ragione de «l'absence d'une enquête approfondie et effective au sujet de l'allégation défendable du requérant selon laquelle il avait été battu par des policiers pendant sa garde à vue» (par. 106). Uno stato di cose, questo, che la Corte ha giudicato in contrasto, nello stesso tempo, con l'art. 13 della CEDU (par. 118).

([43]) Sentenza *Aydin*, cit., par. 109.

ziativa delle locali autorità inquirenti, le quali, benché tenute ad interrogare i componenti della stazione della gendarmeria in cui si erano svolti i fatti, a convocare ed esaminare i testimoni, ad ispezionare i luoghi, a raccogliere le evidenze medico-legali e ad assumere ogni altro provvedimento teso ad accertare la veridicità delle allegazioni della ricorrente, avevano omesso di condurre una «enquête approfondie et effective», pregiudicando così «l'efficacité des autres recours dont [la requérente] aurait pu se prévaloir» ([44]).

Una impostazione simile, fondata sul combinato operare di argomenti finalistici e sistematici, è stata proposta dalla Corte per il tramite del diritto ad un equo processo consacrato dall'art. 6 della CEDU. Il carattere non effettivo delle indagini condotte dagli organi statali in ordine a fatti suscettibili di costituire tortura o trattamento inumano o degradante è ad esempio venuto in rilievo alla stregua di una violazione della norma ora citata nella sentenza relativa al caso *Selmouni*. In quel frangente, la Corte ha ritenuto che lo Stato francese (cui la Corte medesima aveva allora ascritto una violazione dell'art. 3, per le sevizie inflitte al ricorrente ad opera di alcuni agenti di polizia) avesse violato anche l'art. 6 della CEDU in ragione dell'eccessiva durata del procedimento penale nell'ambito del quale le doglianze della vittima erano oggetto di accertamento: in particolare, dopo aver ribadito che la credibile prospettazione di una violazione del divieto di tortura implica per lo Stato l'obbligo di avviare delle «investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables», la Corte ha osservato che l'inchiesta era stata caratterizzata da irragionevoli ritardi, configurandosi così una responsabilità dello Stato anche per la compressione del diritto ad un equo e celere processo ([45]).

([44]) La scelta della Corte di sviluppare nella sentenza *Aydin* un'analisi differenziata della violazione degli articoli 3 e 13 della CEDU (malgrado il richiamo operato dai giudici al passaggio della citata sentenza *Aksoy* in cui si riconoscono le reciproche implicazioni delle due norme), si spiega probabilmente in ragione del fatto che una violazione dell'art. 3 era stata accertata in quell'occasione già nella configurazione «negativa» del divieto. Le doglianze relative all'inadeguata conduzione delle indagini circa i maltrattamenti subiti dal ricorrente sono state esaminate nella prospettiva dell'art. 13 anche nella sentenza (della Grande Camera) 27 giugno 2000, *Ilhan* c. *Turchia* (ric. n. 22277/93), in *Recueil*, 2000-VII, par. 89 ss.; analogo modo di procedere è stato seguito dalla Corte, ad esempio, nella sentenza 1° marzo 2001, *Berktay* c. *Turchia* (ric. n. 22493/93), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 177 ss., e nella sentenza 3 giugno 2004, *Bati e altri* c. *Turchia* (ric. n. 33097/96 e 57834/00), in *Recueil*, 2004-IV, par. 125 ss.

([45]) Sentenza *Selmouni*, cit., par. 78 ss. e par. 116 ss. Per confrontare la soluzione seguita nella decisione richiamata nel testo rispetto a quella accolta in altre pronunce, anch'esse relative all'asserita violazione di obblighi «procedurali» connessi al divieto di tortura, va notato che nella sentenza *Aydin*, cit., par. 102, i giudici europei hanno ritenuto che la questione dell'adeguatezza, o meno, dello sforzo investigativo delle autorità turche avrebbe dovuto essere esaminata solamente nell'ottica dell'art. 13 della CEDU, dato che la prospettata violazione dell'art. 6 risultava assorbita nella

5. *Obblighi positivi e dovere degli Stati di riconoscere alle persone sottoposte alla loro giurisdizione i diritti garantiti dalla* CEDU

In tempi più recenti, la propensione mostrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di una lettura in termini «positivi» degli obblighi scaturenti dall'art. 3 della CEDU ha rinvenuto una base argomentativa particolarmente versatile nell'art. 1 della CEDU stessa, a norma del quale «[l]e Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente Convenzione» ([46]).

Diversamente dall'art. 13, che per sua natura si limita a consentire l'emersione di doveri attinenti alla sfera giurisdizionale e al settore dei «rimedi» (analoghe considerazioni possono farsi, *mutatis mutandis*, per l'art. 6), l'obbligo degli Stati di assicurare alle persone sottoposte alla loro giurisdizione il godimento dei diritti contemplati dalla CEDU appare capace di fondare un ampio ventaglio di espressioni del divieto di tortura, ispirate all'idea della effettività della tutela dei diritti umani e alla necessità di un'azione positiva rivolta a tale scopo ([47]).

Il richiamo all'obbligo anzidetto, oltre a giustificare l'esistenza in capo agli Stati del genere di doveri «procedurali» di cui già si è parlato (alludiamo all'obbligo di condurre indagini adeguate al fine di individuare e punire i responsabili delle condotte vietate) ([48]), contrastando così il verificarsi di

---

violazione di quest'ultima norma. Simili oscillazioni riflettono, probabilmente, la natura dell'attività giurisdizionale che all'interno dei singoli Stati contraenti può essere esercitata in rapporto a una violazione dell'art. 3: con l'iniziativa della vittima (che può sollecitare l'avvio di un'inchiesta ed esercitare l'azione civile nel procedimento penale eventualmente instaurato in relazione ai fatti) concorre infatti naturalmente l'iniziativa delle autorità inquirenti, per cui, mentre gli ostacoli frapposti alla prima di tali iniziative si traduce (anche) in una lesione del diritto alla tutela giurisdizionale (e come tale investe l'art. 6), i ritardi e le negligenze che colpiscono la seconda si risolvono direttamente in una menomazione della effettività dei ricorsi contro le violazioni del regime convenzionale.

([46]) Nella versione francese: «Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention». Su tale disposizione, v. in generale G. RESS, *The duty to protect and to ensure human rights under the European Convention on human rights*, in *The duty to protect and to ensure human rights*, a cura di E. Klein, Berlin, 2000, p. 165 ss., nonché G. GAJA, *Art. 1 - Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 24 ss.

([47]) Per dei rilievi di ordine sistematico sull'argomento, v. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 8 luglio 2004, *Ilascu e altri* c. *Moldavia e Russia* (ric. n. 48787/99), in *Recueil*, 2004-VII, par. 332 ss., su cui v. R. NIGRO, *Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso "Ilascu"*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 431 ss.

([48]) V., ad esempio, nella giurisprudenza della Corte europea, la sentenza 13 novembre 2003, *Elci e altri* c. *Turchia* (ric. n. 23145/93 e 25091/94), nella banca dati

fenomeni di impunità ([49]), ha consentito di estendere il novero delle attività cui gli Stati stessi devono reputarsi tenuti in forza del divieto di tortura, soprattutto per quanto riguarda le misure intese a prevenire il verificarsi delle violazioni in esame o ad attenuarne le conseguenze. Un esempio di tale sensibilità è offerto, nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla sentenza *Mubilanzila Mayeka* ([50]). I giudici europei hanno allora riscontrato una violazione dell'art. 3 della CEDU nel trattamento inflitto a una bambina congolese di cinque anni, la quale — al momento di entrare in territorio belga assieme alla madre — era stata tenuta per due mesi in un centro di permanenza per stranieri irregolari, non attrezzato per ospitare minori, senza che nessuno fosse stato incaricato di provvedere alle sue necessità e senza che venissero prese da personale qualificato delle misure di accompagnamento psicologico ed educativo adatte all'età e alle condizioni personali della bambina. Alle autorità belghe la Corte ha riconosciuto di aver, sì, adottato qualche provvedimento teso a migliorare la situazione (avendo, ad esempio, fornito alla madre il numero di telefono al quale potersi mettere in contatto con la figlia), ma ha rilevato che tali misure «étaient loin d'être suffisantes au regard de l'obligation de prise en charge pesant en l'espèce sur l'Etat belge, qui disposait, pourtant, d'un éventail de moyens» ([51]), finendo così per mettere la ricorrente «dans un état de profond désarroi», incompatibile con le prescrizioni dell'art. 3 della CEDU ([52]).

Hudoc, cit., par. 648 s., la sentenza 11 aprile 2000, *Sevtap Veznedaroglu* c. *Turchia* (ric. n. 32357/96), ivi, par. 32, e la sentenza 27 luglio 2004, *Slimani* c. *Francia* (ric. n. 57671/00), in *Recueil*, 2004-IX, par. 30 s.

([49]) V. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 luglio 2000, *Caloc* c. *Francia* (ric. n. 33951/96), in *Recueil*, 2000-IX, par. 89. Considerazioni in parte analoghe a quelle di cui si dà conto nel testo erano state espresse dalla Corte con riguardo all'art. 2 della CEDU. In particolare, nella pronuncia relativa al caso *McCann* si legge che «une loi interdisant de manière générale aux agents de l'Etat de procéder à des homicides arbitraires serait en pratique inefficace s'il n'existait pas de procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'Etat»: l'obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, stabilito dall'art. 2, «implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme»; così Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 27 settembre 1995, *McCann e altri* c. *Regno Unito* (ric. n. 18984/91), in *Recueil - série A*, n. 324, par. 161. Sempre con riferimento all'art. 2, cfr. altresì la sentenza 19 febbraio 1998, *Kaya* c. *Turchia* (ric. n. 22729/93), in *Recueil*, 1998-I, par. 86, la sentenza 2 settembre 1998, *Yasa* c. *Turchia* (ric. n. 22495/93), ivi, 1998-VI, par. 98 e — più recentemente — la sentenza 1° giugno 2006, *Taïs* c. *Francia* (ric. n. 39922/03), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 105 ss., e la sentenza *Imakayeva*, cit., par. 146 ss.

([50]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga* c. *Belgio* (ric. n. 13178/03), nella banca dati *Hudoc*, cit.

([51]) *Ivi*, par. 58.

([52]) Già prima di allora, pur senza richiamare l'art. 1 della CEDU, la Commissione europea dei diritti dell'uomo, pronunciandosi in ordine alla condotta tenuta dalle

Oltre a ciò, ma si tratta di uno sviluppo strettamente connesso al genere di rilievi cui ci si è riferiti poc'anzi, la formula dell'art. 1 ha consentito di far rientrare fra le fattispecie per le quali risulta offerta la protezione dell'art. 3 anche quei comportamenti, oggettivamente riconducibili alla nozione di «tortura» o di «trattamento inumano o degradante», che risultino posti in essere non già da organi statali ma da soggetti privati ([53]). Richiamandosi al dovere degli Stati di riconoscere agli individui sottoposti alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della CEDU, la Corte è così giunta a prospettare un'efficacia «orizzontale» (c.d. *Drittwirkung*) del divieto di tortura, onde può aversi una violazione del divieto medesimo anche quando i valori di integrità fisica e di dignità della persona — la cui tutela, come si è detto, costituisce l'obiettivo dell'art. 3 — risultino lesi dall'azione di un individuo su un altro individuo, senza alcun concorso «attivo» degli organi statali.

Beninteso, in tali ipotesi, le condotte individuali che la Corte riconosce essere «inumane» o «degradanti» ai sensi della CEDU non vengono imputate *come tali* allo Stato convenuto ([54]): in quelle condotte i giudici di Strasburgo vedono, semmai, i presupposti per l'insorgere, in capo allo Stato stesso, di autonomi doveri d'azione (di prevenzione, di indagine, di punizione dei colpevoli, etc.), funzionali ad una tutela effettiva contro i trattamenti vietati dall'art. 3 ([55]).

---

autorità svizzere nei confronti del ricorrente a seguito dell'arresto di costui, avvenuto con modalità particolarmente violente, aveva rilevato tra le altre cose che «dans une situation de cette gravité, découlant du recours à la force par la police, les autorités de l'Etat doivent, en vertu de l'article 3 de la Convention, adopter des mesures visant à garantir l'intégrité physique de la personne qui se trouve sous la responsabilité des autorités policières, judiciaires ou pénitentiaires»; così Commissione europea dei diritti dell'uomo, rapporto 8 luglio 1993, *H.* c. *Svizzera* (ric. n. 17549/90), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 79.

([53]) Il rapporto che lega la rilettura in termini positivi degli obblighi derivanti dalla CEDU e l'affermata possibilità di far discendere dalla CEDU stessa gli effetti «orizzontali» di cui si parla nel testo è efficacemente espressa da F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 237, il quale rileva come la responsabilità dello Stato, quando derivi da una sua «ingerenza passiva» nella sfera del singolo, possa assumere due configurazioni, «selon que l'abstention de l'Etat entraîne en soi une attente au droit garanti ou qu'elle permet aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti».

([54]) Sul tema, v. in generale L. CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1984 (t. 189), p. 149 ss., nonché H. DIPLA, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation*, Paris, 1994.

([55]) La possibilità che, per il tramite dell'art. 1 della CEDU, uno Stato possa essere chiamato a rispondere di una violazione della CEDU stessa conseguente ad un atto compiuto da un privato, risulta in realtà affermata da tempo dai giudici di Strasburgo. Una delle prime manifestazioni di questo orientamento, nella giurispruden-

Le applicazioni concrete di questa ricostruzione, basata anch'essa su una lettura nel contempo finalistica e sistematica delle norme della CEDU, sono oramai numerose nella giurisprudenza di Strasburgo.

Nel caso *Z. e altri* c. *Regno Unito*, la Corte ha ritenuto di poter scorgere una violazione dell'art. 3 nell'omessa adozione, da parte delle autorità britanniche, di provvedimenti tesi a proteggere i ricorrenti — tutti minorenni all'epoca dei fatti — dai maltrattamenti cui erano da anni sottoposti per mano dei genitori ([56]). I giudici di Strasburgo, dopo aver premesso che nella specie appariva incontestabile che «la négligence et les abus ... dont ont souffert les quatre enfants requérants atteignent le seuil requis pour être qualifiés de traitement inhumain et dégradant», hanno rilevato che tale trattamento era stato portato all'attenzione delle autorità locali sin dall'ottobre del 1987, ma che queste ultime — pur avendo il dovere, in base alle pertinenti disposizioni del diritto interno, di tutelare l'integrità dei ricorrenti — avevano atteso sino all'aprile del 1992 per disporre in via d'urgenza l'allontanamento dei bambini dalla famiglia: uno stato di cose, questo, che aveva esposto per lungo tempo i ricorrenti a condotte contrarie alla proibizione di cui all'art. 3, e che si era pertanto tradotta in una violazione di tale norma ascrivibile allo Stato convenuto ([57]).

Prima di allora, nella sentenza *A.* c. *Regno Unito*, la Corte aveva affermato che l'art. 3 della CEDU, letto congiuntamente all'art. 1, «impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention», ed esige a questo titolo

---

za della Corte, è rappresentata dalla sentenza 13 agosto 1981, *Young, James e Webster* c. *Regno Unito* (ric. n. 7601/76 e 7806/77), in *Recueil des arrêts et des décisions - série A*, n. 44, par. 49. Per F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 243 ss., emergerebbero dalla giurisprudenza europea due ipotesi distinte in cui uno Stato può essere chiamato a rispondere per la lesione di un interesse protetto della CEDU posta in essere da un individuo: la prima si verifica quando allo Stato viene rimproverata un'omissione (come il mancato avvio di un'indagine approfondita sui fatti occorsi alla vittima della lesione stessa), la seconda quando lo Stato risulta aver di fatto fornito all'autore della lesione i mezzi (giuridici, ad esempio) per pregiudicare l'interesse protetto. È da chiedersi se tale distinzione (oltretutto non sempre facile da tracciare nella pratica) abbia un'effettiva rilevanza pratica, posto che in entrambi i casi viene ascritto allo Stato un atteggiamento di inerzia (negli esempi, la decisione di non indagare e di non modificare il proprio ordinamento) che mette a repentaglio il godimento pieno ed effettivo dei diritti garantiti dalla CEDU. In dottrina, v. in generale, su questi temi, A. CLAPHAM, *Human rights obligations of non-State actors*, in *Collected courses of the Academy of European law*, Oxford, 2006, nonché D. SPIELMANN, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 133 ss.

([56]) Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 10 maggio 2001, *Z. e altri* c. *Regno Unito* (ric. n. 29392/95), in *Recueil*, 2001-V, par. 73 ss.

([57]) *Ivi*, par. 74.

l'assunzione di misure «propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers» ([58]). Nella specie, i giudici europei hanno concluso che il Regno Unito era venuto meno agli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 per non aver impedito che il ricorrente, un bambino di nove anni all'epoca dei fatti, venisse ripetutamente punito a colpi di bastone dal proprio patrigno, posto che quest'ultimo era andato esente da qualsiasi conseguenza per i suoi gesti grazie al fatto che le norme inglesi applicabili al caso di specie consentivano, per fini educativi, il ricorso a punizioni corporali purché di carattere ragionevole. In queste condizioni, premesso che «[l]es enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne», la Corte ha affermato che la legge inglese «ne mettait pas suffisamment le requérant à l'abri d'un traitement ou d'une peine contraires à l'article 3» ed ha pertanto ritenuto sussistente una violazione di tale norma da parte del Regno Unito ([59]).

Sulla scia di questi rilievi, ma più recentemente, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la Bulgaria era venuta meno ai doveri positivi da essa assunti in forza dell'art. 3 e dell'art. 8 della CEDU, considerati ancora una volta in connessione con l'art. 1, per non aver predisposto una tutela efficace in favore della ricorrente, vittima di un abuso sessuale. Gli Stati contraenti, ha osservato la Corte in quel frangente, «ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des

---

([58]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 1998, *A.* c. *Regno Unito* (ric. n. 25599/94), in *Recueil*, 1998-VI, par. 22.

([59]) *Ivi*, par. 22 ss. Le decisioni richiamate nel testo si innestano in un filone giurisprudenziale le cui prime manifestazioni, per quanto specificamente riguarda la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, sembrerebbero dover essere rintracciate nella sentenza *Costello-Roberts*. La Corte era allora chiamata a pronunciarsi in ordine alla prospettata violazione dell'art. 3 della CEDU da parte del Regno Unito relativamente alle punizioni corporali inflitte al ricorrente dai responsabili della scuola privata nella quale questi studiava. In quell'occasione la Corte ha riconosciuto che in linea di principio una condotta come quella lamentata dal sig. Costello-Roberts poteva integrare un trattamento vietato a norma dell'art. 3 della CEDU ed implicare a questo titolo la responsabilità dello Stato convenuto per non aver proibito siffatti comportamenti e per non averne perseguito gli autori, salvo osservare che il precetto convenzionale non poteva reputarsi violato nel caso di specie, non risultando provato che la punizione inflitta al ricorrente avesse raggiunto quella soglia minima di gravità cui è subordinata, in generale, l'applicazione della norma *de qua*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 marzo 1993, *Costello-Roberts* c. *Regno Unito* (ric. n. 13134/87), in *Recueil - série A*, n. 247-C, par. 25 ss. Sul criterio della soglia minima di gravità, v. *supra*, nota 19.

dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives» ([60]). E ancora, nella sentenza *Pantea*, la Corte ha accertato a carico della Romania una violazione dell'art. 3 della CEDU per i maltrattamenti patiti dal ricorrente per mano di altri detenuti durante un periodo di reclusione nelle carceri di quel paese. L'affermazione della responsabilità dello Stato rumeno è stata allora giustificata in considerazione del fatto che le autorità erano venute meno «à leur obligation positive de protéger l'intégrité physique du requérant dans le cadre de leur devoir consistant à surveiller les personnes privées de liberté et à empêcher qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique» ([61]).

6. *Il carattere autonomo degli obblighi positivi ricostruiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione al divieto di tortura*

Le oscillazioni illustrate nelle pagine precedenti quanto alla base giuridica sui cui è stata affermata l'esistenza di obblighi positivi connessi all'art. 3 della CEDU — il riferimento alla lettura congiunta con gli articoli 13 e 6, quindi con l'art. 1 — si possono in parte spiegare pensando alle caratteristiche delle vicende di volta in volta esaminate dalla Corte, in parte pensando alla già rilevata esigenza dei giudici di europei di disporre, per ampliare il novero delle situazioni tutelate da obblighi siffatti, di un fondamento normativo flessibile, quale appunto si è rivelato essere l'art. 1 della CEDU ([62]).

Un dato, tuttavia, sembra connotare l'opera della Corte al di là di tali oscillazioni, ed è l'affermazione della *autonomia* degli obblighi positivi inerenti al divieto di tortura e quindi la possibilità di far discendere dalla

---

([60]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 dicembre 2003, *M.C.* c. *Bulgaria* (ric. n. 39272/98), in *Recueil*, 2003-XII, par. 153. È da notare, per quanto concerne il fondamento normativo della responsabilità dello Stato convenuto nel caso di specie, che la Corte ha ritenuto di dover impostare la propria argomentazione sui soli articoli 1, 3 e 8 della CEDU, negando, in particolare, che i fatti potessero venire autonomamente in rilievo nell'ottica del diritto ad un ricorso effettivo *ex* art. 13 (ivi, par. 187).

([61]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 3 giugno 2003, *Pantea* c. *Romania* (ric. n. 33343/96), in *Recueil*, 2003-VI, par. 195. Sugli obblighi positivi nascenti dall'art. 3 della CEDU con riguardo alla protezione delle persone in stato di detenzione, v. pure, nella giurisprudenza della Corte, la sentenza 14 novembre 2002, *Mouisel* c. *Francia* (ric. n. 67263/01), ivi, 2002-IX, par. 40, e la sentenza 3 aprile 2001, *Keenan* c. *Regno Unito* (ric. n. 27229/95), ivi, 2001-III, par. 111.

([62]) Per un'analisi, sotto questo profilo, di alcune delle pronunce richiamate nel testo, v. F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003, p. 103 ss. V. pure F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, *The European Convention on human rights*, 4ª ed., a cura di C. Ovey e R.C.A. White, Oxford, 2006, p. 84 ss.

loro violazione uno *specifico* titolo di responsabilità, diverso da quello derivante dall'eventuale concorrente inosservanza del dovere negativo (63).

In coerenza con la segnalata volontà di innalzare la tutela apprestata dalle norme europee rispetto alla tortura e ai trattamenti inumani o degradanti, i giudici di Strasburgo hanno di fatto potuto configurare, per questa via, una responsabilità *aggiuntiva* in capo agli Stati, suscettibile di venire in considerazione anche allorché nessuna responsabilità potesse essere affermata quanto all'obbligo «negativo» stabilito dalla norma *de qua* (64).

Questo elemento, occorre segnalarlo, non è peraltro presente in modo sistematico nella giurisprudenza europea. Non mancano casi, infatti, in cui la Corte, pur stigmatizzando la mancata osservanza di uno o più obblighi positivi legati all'art. 3, si è limitata a scorgere in tale omissione un fattore di aggravamento della responsabilità dello Stato convenuto. Nella sentenza *Akkoç*, ad esempio, la Corte — dopo aver rilevato che lo Stato turco era venuto meno al divieto in parola per le sevizie inflitte alla ricorrente da alcuni agenti di polizia — ha rilevato che nella specie non erano stati predisposti idonei controlli medici volti a verificare la salute della ricorrente e delle persone detenute assieme a lei, laddove «des examens médicaux convenables [sont] des garanties essentielles contre les mauvais traitements des personnes placées en garde à vue» (65).

7. *Natura e contenuto degli obblighi positivi inerenti al divieto di tortura*

Definito il fondamento (*rectius*, i possibili fondamenti) degli obblighi «positivi» riconducibili al divieto di cui all'art. 3 della CEDU, occorre stabilire quale sia precisamente il loro *contenuto* e verificare in che modo il ragionamento sviluppato dagli organi della Convenzione relativamente a questo

---

(63) V. ancora F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., p. 93 ss.

(64) Ad esempio, nella sentenza 11 luglio 2000, *Dikme* c. *Turchia* (ric. n. 20869/92), in *Recueil*, 2000-VIII, par. 98 ss., la Corte ha accertato la autonoma responsabilità dello Stato turco per violazione degli obblighi positivi nascenti dall'art. 3 (nella specie, l'obbligo di condurre un'inchiesta effettiva ed approfondita sui fatti lamentati dalla vittima), in aggiunta alla riconosciuta violazione dei doveri «negativi» stabiliti da tale norma. In dottrina, v. su questi aspetti F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., p. 92 ss.

(65) Così Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 ottobre 2000, *Akkoç* c. *Turchia* (ric. n. 22947/93 e 22948/93), in *Recueil*, 2000-X, par. 118, dove si osserva altresì che «le rapport de l'examen doit faire état non seulement de toutes les lésions corporelles relevées mais aussi des explications fournies par le patient quant à la façon dont elles sont survenues et de l'avis du médecin sur la compatibilité des lésions avec les explications».

aspetto della tematica rifletta le considerazioni svolte da quegli stessi organi circa gli altri profili illustrati sin qui ([66]).

L'intervento richiesto ad uno Stato a fronte della commissione (o della sospetta commissione) di una condotta vietata dall'art. 3 si concreta — come già si è detto — nell'adozione di misure di prevenzione, di investigazione e di repressione delle condotte in esame, nonché, se del caso, nel ricorso a provvedimenti volti ad attenuare le conseguenze pregiudizievoli degli atti vietati. In proposito, al di là della varietà dei contesti in cui uno Stato può essere chiamato ad assumere dei provvedimenti positivi in forza del divieto di tortura (a seconda, ad esempio, che la lesione si verifichi nel quadro di un'azione di polizia, all'interno di una struttura detentiva, o in un contesto familiare o scolastico), importa stabilire se gli obblighi anzidetti si limitino ad imporre agli Stati un parametro di diligenza o un vero e proprio obbligo di risultato: in questo secondo caso, evidentemente, i doveri nascenti dalla CEDU potrebbero risultare violati malgrado la predisposizione, da parte delle autorità statali, di risorse finanziarie, umane ed organizzative normalmente adeguate a scongiurare una lesione dei valori protetti ([67]).

([66]) Il contenuto degli obblighi in discorso, che in queste pagine è esaminato soprattutto sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea, può in realtà essere ricostruito anche a partire da altri riscontri, e in particolare dalle risoluzioni emanate dal Comitato dei Ministri nell'esercizio della funzione di vigilanza sull'esecuzione delle sentenze della Corte, affidatagli dall'art. 46, par. 2, della CEDU.

([67]) Va osservato, su un piano generale, come la Corte europea dei diritti dell'uomo non ascriva «in blocco» i doveri stabiliti dalla CEDU alla categoria degli obblighi di mezzi o a quella degli obblighi di risultato, ma preferisca distinguere, a questo fine, a seconda della natura e dei caratteri delle singole previsioni. Così, per esempio, nella sentenza 24 ottobre 1984, *De Cubber* c. *Belgio* (ric. n. 9186/80), in *Recueil - série A*, n. 86, par. 35, la Corte ha affermato che «il incombe aux Etats contractants d'agencer leur système de manière à leur permettre de repondre aux exigences de l'article 6 par. 1», in tema di giusto processo, mentre, per fare un altro esempio, ha rifiutato di desumere dall'art. 11, in tema di libertà di riunione e di associazione, l'esistenza di obblighi di risultato di analoga natura; cfr. la sentenza 21 giugno 1988, *Plattform "Ärzte für das Leben"* c. *Austria* (ric. n. 10126/82), in *Recueil - série A*, n. 139, par. 34. L'idea che alcuni degli obblighi fissati dalla CEDU rivestano i caratteri dell'obbligo «di mezzi» anziché quelli dell'obbligo «di risultato» induce a tener conto, ai fini della ricostruzione delle pertinenti disposizioni convenzionali, dei parametri elaborati dalla Corte in relazione alla c.d. dottrina del margine di apprezzamento degli Stati. In forza di tale dottrina, la Corte ha dichiarato in più occasioni di volersi astenere dall'indicare le forme e le modalità con cui certi diritti contemplati dalla CEDU debbano essere garantiti, salvo riservarsi la facoltà di sindacare l'adeguatezza delle misure prescelte; su questo argomento, v., anche per ulteriori riferimenti, E. BREMS, *The margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights: accommodating diversity within Europe*, in *Human rights and diversity: area studies revisited*, a cura di D.P. Forsythe e P.C. MacMahon, Lincoln, 2003, p. 81 ss.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo presenta a questo riguardo un quadro variegato. È significativo, ad esempio, che quando debbono pronunciarsi sull'asserita violazione dell'obbligo di investigare in ordine alla prospettata commissione di un trattamento inumano o degradante, i giudici di Strasburgo procedano il più delle volte ad una scrupolosa ricostruzione della vicenda che ha fatto da cornice all'affermata violazione, al fine di stabilire quali evidenze si presentassero agli occhi delle autorità all'epoca degli avvenimenti e quali opportunità di indagine fossero loro ragionevolmente offerte. Verifiche di questo genere sono state condotte dalla Corte, per limitarsi ad un esempio, nella pronuncia relativa al caso *Khachiev*. In essa, i giudici europei hanno riconosciuto, per un verso, che «les autorités ... ont mené certaines investigations sur les allégations des requérants selon lesquelles leurs proches avaient subi avant de mourir des actes de torture et des traitements inhumains», osservando, per un altro verso, che «aucune autopsie n'a été effectuée et les rapports médicolégaux établis présentaient des lacunes, de sorte qu'il n'a pas été possible de déterminer précisément la cause et les circonstances des décès», e che «[l]e fait que les autorités n'aient identifié et interrogé ni d'autres témoins éventuels des événements ..., ni les membres des unités militaires qui se trouvaient déployées dans cette zone à l'époque a peut-être également empêché la découverte de preuves tangibles concernant d'éventuels mauvais traitements, et donc l'identification et le châtiment des responsables» ([68]). Argomentazioni di questa natura mostrano come l'obbligo «procedurale» ricostruito dalla Corte con riferimento all'art. 3 venga da essa inteso alla stregua di un obbligo di mezzi, e non come un obbligo di risultato ([69]).

([68]) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 febbraio 2005, *Khachiev e Akaïeva* c. *Russia* (ric. n. 57942/00 e 57945/00), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 179. Nella giurisprudenza della Corte v. altresì, in argomento: la sentenza 18 ottobre 2001, *Indelicato* c. *Italia* (ric. n. 31143/96), ivi, par. 37; la sentenza 13 giugno 2002, *Anguelova* c. *Bulgaria* (ric. n. 38361/97), in *Recueil*, 2002-IV, par. 136; la sentenza 30 settembre 2004, *Krastanov* c. *Bulgaria* (ric. n. 50222/99), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 60; la sentenza 2 novembre 2004, *Martinez Sala e altri* c. *Spagna* (ric. n. 58438/00), ivi, par. 159. Un quadro organico degli obblighi positivi di indole «procedurale» connessi al divieto di tortura, e funzionali alla prevenzione della stessa, è tracciato nel 14° rapporto generale del Comitato per la prevenzione della tortura, *The CPT standards 2004* (doc. CPT/Inf (2004) 28), nel sito *http://www.cpt.coe.int*.

([69]) F. Bestagno, *Diritti umani e impunità*, cit., p. 166 ss. Si inscrive in questa logica anche la ricorrente affermazione della Corte, già ricordata, secondo cui l'obbligo di avviare un'indagine su presunti fatti di tortura sorge in presenza di un'allegazione credibile («défendable») di una condotta vietata: a fronte di una prospettazione inverosimile le autorità statali possono legittimamente omettere di investigare, e non incorrono in una violazione dell'art. 3 della Cedu anche se l'allegazione non creduta risulti *a posteriori* vera. In argomento, v. A.R. Mowbray, *Duties of investigation under the European Convention on human rights*, in *International and comparative law quarterly*, 2002, p. 437 ss.

Alla categoria degli obblighi di mezzi parrebbe dover essere ascritto anche il dovere delle autorità di polizia di fornire immediate cure mediche agli arrestati: la Commissione europea dei diritti dell'uomo, nell'affermare l'esistenza di un siffatto obbligo positivo nel caso *H.* c. *Svizzera*, ha infatti ritenuto che lo stesso fosse stato violato nel caso di specie perché «les policiers ne pouvaient ignorer que le requérant pouvait avoir été blessé au cours de son arrestation» ([70]), implicitamente riconoscendo che un'incolpevole omessa rilevazione delle lesioni patite dalla vittima non avrebbe viceversa integrato una violazione del predetto dovere.

Altri obblighi positivi gravanti sugli Stati a norma dell'art. 3 suscitano, invece, sotto il profilo ora considerato, qualche incertezza. L'obbligo di irrogare adeguate sanzioni per reprimere i comportamenti contrari alla disposizione citata, ricostruito dalla Corte come una sorta di coronamento di quell'attività investigativa «approfondita ed effettiva» richiesta agli Stati, non comporta certo il dovere — la Corte ha creduto utile precisarlo — di pervenire in ogni caso ad una sentenza di condanna ([71]). Per contro, il diritto a non essere sottoposto a tortura si rivelerebbe «teorico e illusorio» qualora uno Stato, una volta individuati i responsabili di una condotta contraria all'art. 3, omettesse di applicare nei loro confronti una sanzione effettiva, accordando loro nei fatti il beneficio dell'impunità ([72]). In queste condizioni, quando i responsabili di una condotta vietata siano stati identificati e gli addebiti mossi nei loro riguardi risultino ritualmente accertati, l'obbligo di irrogare concretamente una sanzione viene a costituire, per lo Stato, un obbligo di risultato ([73]).

([70]) Commissione europea dei diritti dell'uomo, rapporto relativo all'affare *H.* c. *Svizzera*, cit., par. 77.

([71]) Nella sentenza *Türkmen*, i giudici europei, richiamata la propria giurisprudenza in tema di obblighi procedurali ricavabili dall'art. 3, hanno asserito che «[i]l ne faut aucunement déduire de cette approche une obligation positive de résultat supposant que toute procédure pénale doive se solder par une condamnation, voire par le prononcé d'une peine déterminée»; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 19 dicembre 2006, *Türkmen* c. *Turchia* (ric. n. 43124/98), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 52.

([72]) La sanzione, è stato chiarito nella giurisprudenza europea, deve inoltre essere adeguata alla speciale gravità che connota una violazione dell'art. 3 della CEDU, e non può dunque, per regola, esaurirsi in una sanzione di tipo amministrativo o di contenuto meramente risarcitorio, ma deve comportare una responsabilità penale. In proposito, v. la sentenza *Krastanov*, cit., par. 45.

([73]) Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 novembre 2004, *Abdulsamet Yaman* c. *Turchia* (ric. n. 32446/96), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 55, dove si legge: «The Court ... points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an "effective remedy" that ... the granting of an amnesty or pardon should not be permissible», richiamandosi altresì l'importanza «of the suspension from duty

È possibile, a questo punto, trarre dalle pronunce appena richiamate qualche spunto ricostruttivo di carattere generale. Ciò che lo Stato è tenuto a fare per scongiurare la commissione di un atto di tortura o un trattamento inumano o degradante, ovvero per limitarne gli effetti o punirne i responsabili, varia essenzialmente in funzione della *ragionevole* possibilità, nella fattispecie, di prevedere e prevenire la lesione dei valori tutelati dall'art. 3. In questo senso, un intervento è tanto più ragionevole (e dunque tanto più doveroso) quanto più concreto è il controllo delle autorità statali sulle condotte potenzialmente incompatibili col divieto in esame, e quanto più reale è la possibilità loro offerta di intervenire a tutela delle vittime ([74]). Altro, infatti, è imputare allo Stato le conseguenze di un'azione rientrante nella sfera di controllo delle sue autorità (e, *a fortiori*, un'azione materialmente realizzata da organi dello Stato), altro è pretendere che la responsabilità dello Stato sia messa in gioco da una condotta individuale che le pubbliche autorità non hanno saputo prevedere o evitare. Nel primo caso, il verificarsi dell'evento è idoneo di per sé a far sorgere la responsabilità dello Stato; nel secondo, la norma della Convenzione può dirsi violata solo se nella specie il comportamento dello Stato si riveli negligente ([75]).

La possibilità, per gli organi statali, di esercitare un concreto controllo sui comportamenti in contrasto con l'art. 3 non è peraltro l'unico parametro cui i giudici europei sembrano rapportare la determinazione della diligenza richiesta allo Stato nell'adempimento degli obblighi positivi derivanti da tale norma. A giocare un ruolo rilevante sono anche le condizioni personali della

---

of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted». In generale, v. su questo argomento M. DELMAS-MARTY, *La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)*, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, a cura di A. Cassese e M. Delmas-Marty, Paris, 2002, p. 613 ss.

([74]) Cfr. a questo proposito A. ANNONI, *La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 678 ss., secondo cui l'obbligo di prevenire la commissione di atti costituenti tortura o trattamento inumano o degradante integra un obbligo di mezzi tutte le volte in cui l'atto in questione sia posto in essere (o rischi di essere posto in essere) da un privato, mentre integra un obbligo di risultato allorché la violazione del divieto sia direttamente imputabile ad un organo statale o comunque avvenga in circostanze sulle quali lo Stato può normalmente esercitare un controllo pieno ed effettivo. Quanto all'obbligo di reprimere le condotte incompatibili col divieto in discorso, questo, per la a. ora citata, rappresenta un obbligo di risultato in considerazione del fatto che «il processo, la punizione e l'esecuzione della pena inflitta [sono] obiettivi il cui conseguimento dipende esclusivamente dalla condotta di organi statali» (ivi, p. 688).

([75]) Nella sentenza *Mubilanzila Mayeka*, cit., par. 58, la Corte ha concluso che l'operato delle autorità belghe non fosse conforme alla CEDU reputando «insufficienti» i provvedimenti da esse assunti: è chiaro che, in questo caso, i giudici europei hanno considerato l'obbligo di assicurare alla ricorrente condizioni adatte alla sua età e alle esigenze del suo sviluppo psichico all'interno del centro di permanenza in cui era costretta a soggiornare come un'obbligazione di mezzi.

vittima (a partire dalla sua età, posto che nel sistema della CEDU l'infanzia riceve una speciale tutela) (76), e gli oneri economici ed organizzativi insiti nell'azione positiva richiesta allo Stato nel caso di specie (77).

Il dato emerge con particolare chiarezza dall'esame delle pronunce che si occupano della responsabilità dello Stato per condotte materialmente ascrivibili a soggetti privati. Quando si fa questione della efficacia «orizzontale» delle norme della CEDU, i giudici europei tendono infatti a concentrare la propria attenzione sulle *chances* effettive (ed economicamente percorribili) offerte agli organi statali per scongiurare l'evento lesivo o circoscriverne le conseguenze. Così, riferendosi al dovere di adottare, attraverso i servizi sociali, idonee misure a tutela di minori e altri soggetti «vulnerabili» contro i trattamenti inumani e degradanti cui possano essere sottoposti ad opera di privati, la Corte ha affermato che in questo campo le autorità statali «doivent faire face à des décisions difficiles et sensibles» (78), oltretutto sul presupposto di una disamina approfondita di circostanze di fatto di cui le autorità stesse potrebbero legittimamente non venire a conoscenza, se non *a posteriori* (79). La cautela con cui i servizi sociali degli Stati contraenti debbono operare è, del resto, tanto più giustificata — per la Corte — ove si pensi che i provvedimenti che quei servizi potrebbero essere chiamati ad adottare (come l'allontanamento di un minore dal contesto familiare in cui si sospetta che patisca degli abusi), implicano un attento contemperamento fra il divieto stabilito dall'art. 3 della CEDU ed il principio del rispetto della vita familiare imposto dall'art. 8 (80). I giudici europei, in tal modo, hanno implicitamente

---

(76) In questo senso, fra le molte decisioni, v. la sentenza *Mubilanzila Mayeka*, cit., par. 53. Per un esempio in cui le obbligazioni positive dello Stato convenuto sono state ricostruite alla luce della peculiare condizione della vittima di un trattamento contrario all'art. 3, v. la sentenza *Pantea*, cit., par. 192, dove la Corte, rilevato che le autorità penitenziarie rumene conoscevano la condizione di disagio psichiatrico in cui versava il ricorrente, ha asserito che tali autorità «auraient pu raisonnablement prévoir, d'une part, que l'état psychologique du requérant le rendait plus vulnérable que le détenu moyen et, d'autre part, que sa détention pouvait exacerber dans une certaine mesure son sentiment de détresse, inhérent à toute mesure privative de liberté, ainsi que l'irascibilité qu'il avait manifestée auparavant à l'égard de ses codétenus».

(77) Cfr. ad esempio Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 ottobre 1998, *Osman* c. *Regno Unito* (ric. n. 23452/94), in *Recueil*, 1998-VIII, par. 116, dove si esclude che una lettura in termini «positivi» delle norme della CEDU possa imporre alle autorità statali «un fardeau insupportable ou excessif». Sul tema, v. in generale F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, cit., p. 251 ss.

(78) Sentenza *Z. e altri* c. *Regno Unito*, cit., par. 74.

(79) Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 ottobre 2002, *D.P. & J.C.* c. *Regno Unito* (ric. n. 38719/97), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 110 ss.

(80) Sentenza *Z. e altri* c. *Regno Unito*, cit., par. 74. Per un'applicazione dei parametri fissati in tale pronuncia, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 novembre 2002, *E. e altri* c. *Regno Unito* (ric. n. 33218/96), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 89 ss.

riconosciuto che l'adozione di simili provvedimenti può legittimamente richiedere un certo tempo, durante il quale il soggetto debole potrebbe continuare a subire dei maltrattamenti. A far insorgere una responsabilità a carico dello Stato, in casi di questo genere, non è dunque il fatto in sé dell'inerzia della pubblica amministrazione, quanto la circostanza che il tempo impiegato per decidere, e per mettere in atto quanto deciso, non sia proporzionato alle difficoltà dell'istruttoria e all'urgenza che la situazione visibilmente presentava.

Tramite il parametro della diligenza, il cui impiego costituisce in definitiva la soluzione seguita in via ordinaria nel campo degli obblighi positivi, la Corte mira in ultima analisi ad assicurare una sorta di equilibrio fra l'interesse del singolo a che lo Stato intervenga per rendere effettivo il godimento dei diritti previsti dalla CEDU, ed altri interessi, con esso contrastanti, di cui lo Stato medesimo può essere chiamato a farsi interprete ([81]).

La Corte ha dimostrato di non voler ancorare tale equilibrio a parametri rigidi ed immutabili ([82]), ed ha anzi affermato in più occasioni che rientra in linea di principio nell'autonomia dei singoli Stati contraenti il compito di stabilire forme e modi della protezione accordata agli individui ([83]).

([81]) La Corte, del resto, ha giustificato alcune soluzioni interpretative proprio in base alla necessità di un bilanciamento — che essa stessa si è proposta di operare — fra aspirazioni dell'individuo e istanze della società: ad esempio, con riguardo alle obbligazioni positive desumibili dall'art. 8 della CEDU, v. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin* c. *Regno Unito* (ric. n. 28957/95), in *Recueil des arrêts et des décisions*, 2002-VI, par. 72. Considerazioni di carattere generale sul tema del contemperamento fra interessi individuali e interessi generale nella giurisprudenza di Strasburgo sono sviluppate da S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001, specie p. 135 ss.

([82]) Ciò vale in modo particolare per quanto attiene agli obblighi degli Stati corrispondenti alla rilevata efficacia «orizzontale» delle norme della CEDU; cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 28 giugno 2001, *VGT Verein Gegen Tierfabriken* c. *Svizzera* (ric. n. 24699/94), in *Recueil*, 2001-VI, par. 46.

([83]) Cfr., su un piano più generale, Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza 8 luglio 2003, *Hatton e altri* c. *Regno Unito* (ric. n. 36022/97), in *Recueil*, 2003-VIII, par. 97: «La Cour rappelle le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et ... se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, dans lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national». In proposito, v. altresì quanto si è osservato in precedenza (v. *supra*, nota 67) circa la dottrina del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati.

8. (Segue). *Il carattere assoluto degli obblighi positivi inerenti al divieto di tortura e il problema della «unità» di tale divieto pur nella sua articolazione fra obblighi negativi e obblighi positivi*

Resta da chiedersi, alla luce delle osservazioni appena svolte, se il fatto che gli obblighi positivi inerenti all'art. 3 costituiscano in buona parte degli obblighi di mezzi e come tali richiedano all'interprete un bilanciato apprezzamento delle diverse circostanze in cui si fa questione della loro osservanza, non si ponga in qualche modo in contraddizione con i caratteri generali del divieto di tortura, richiamati nei paragrafi precedenti, e più specificamente con la natura assoluta rivestita da tale proibizione.

Anche se nella giurisprudenza interna si registra la tendenza ad assoggettare gli obblighi in parola ad un regime differente da quello operante per gli obblighi negativi (specie per quanto concerne la possibile rilevanza del parametro della proporzionalità, talora ammesso per i primi ma costantemente bandito per questi ultimi) ([84]), vi è motivo di credere che le due dimensioni del divieto di tortura — quella negativa e quella positiva — non siano altro che gli aspetti di una medesima realtà normativa e che la contraddizione testé paventata sia in realtà solo apparente. Una cosa, infatti, sono i presupposti in presenza dei quali sorge per gli Stati l'obbligo di adottare misure positive volte alla tutela degli individui contro la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti; un'altra cosa, invece, sono i caratteri che quell'obbligo, una volta ritenuto sussistente in capo ad un determinato Stato, viene a rivestire. In questo senso, ciò che è rimesso ad una valutazione *relativa* è solamente la determinazione del contenuto degli obblighi positivi di cui discorriamo, giacché, una volta verificatesi le condizioni perché tali obblighi vengano ad esistenza, con un dato contenuto, la loro osservanza si impone *sempre* in termini assoluti: lo Stato non può dunque esimersi dalla responsabilità conseguente all'eventuale inadempimento degli obblighi in parola invocando gli interessi, in ipotesi legittimi, da esso perseguiti nel commettere la violazione ([85]).

Il divieto di tortura, a dispetto del suo articolarsi in doveri di diverso contenuto (di ingerenza e di non ingerenza nella sfera dell'individuo), svela in tal modo un carattere fondamentalmente unitario ([86]).

([84]) V. in questo senso, ad esempio, i rilievi di Lord Hope in House of Lords, 3 novembre 2005, *R. (on the application of Adam, Limbuela and Tesema)* v. *Secretary of State for the Home Department*, in *Weekly law reports*, 2005, p. 1014 ss., par. 55.

([85]) V. Palmer, *A wrong turning: article 3 ECHR and proportionality*, in *Cambridge law journal*, 2006, p. 448.

([86]) Ivi, p. 451.

Considerazioni non dissimili da quelle suggerite per gli obblighi positivi, in effetti, vengono tradizionalmente richiamate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento agli stessi doveri negativi gravanti sugli Stati in tema di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. Per i giudici di Strasburgo, come già si è osservato, il divieto di cui all'art. 3 opera solo allorché la sofferenza inflitta alla vittima raggiunga una «soglia minima» di gravità ([87]): «[l]'appréciation de ce minimum», viene ricorrentemente osservato dalla Corte, «est relative par essence», e dipende «de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.» ([88]). Senonché, e veniamo con questo all'aspetto che ci preme sottolineare, la necessità di procedere ad una lettura «bilanciata» dei fatti non mette in discussione il carattere «assoluto» del divieto medesimo, ossia l'impossibilità di giustificare una sua violazione col perseguimento di altri interessi, pure legittimi ([89]). Quando quel minimo è raggiunto, infatti, è giocoforza concludere che lo Stato ha commesso una violazione dell'art. 3, e nessuna diversa considerazione — legata magari alla efferatezza dei crimini compiuti dal soggetto, alla sua pericolosità o alla necessità di carpirgli informazioni vitali o atte a preservare la sicurezza dello Stato in una fase emergenziale o di crisi — possono escluderne o limitarne la

---

([87]) Cfr. *supra*, nota 19.

([88]) Sentenza *Irlanda* c. *Regno Unito*, cit., par. 162.

([89]) Va peraltro segnalato come in alcune pronunce relative ai doveri negativi posti dall'art. 3 della CEDU, la Corte, pur ribadendo il carattere assoluto del divieto di tortura, si sia richiamata anche a considerazioni che appaiono ispirate ad una logica di proporzionalità. Nel caso *Jalloh*, ad esempio, era stato chiesto ai giudici europei di stabilire se integrasse una violazione dell'art. 3 il trattamento medico praticato con la forza dalla polizia tedesca su un individuo sospettato di aver ingerito un sacchetto di plastica contenente sostanze stupefacenti, al fine di ottenere la prova degli addebiti formulati nei confronti di costui. La Corte ha allora anzitutto affermato che «l'article 3 de la Convention impose à l'Etat une obligation de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté, notamment par l'administration des soins médicaux requis», precisando che «[l]es personnes concernées n'en demeurent pas moins protégées par l'article 3, dont les exigences ne souffrent aucune dérogation». Al riguardo, premesso che gli articoli 3 e 8 della CEDU «n'interdisent pas en tant que tel le recours à une intervention médicale contre la volonté d'un suspect en vue de l'obtention de la preuve de sa participation à une infraction», ha asserito che «la nécessité de toute intervention médicale de force en vue de l'obtention de la preuve d'une infraction doit se trouver justifiée de manière convaincante au vu des circonstances de l'affaire», ma ha pure rilevato — è questo il passaggio che interessa segnalare — che nel quadro di tali circostanze «il faut tenir dûment compte de la gravité de l'infraction en question»; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 luglio 2006, *Jalloh* c. *Germania* (ric. n. 54810/00), par. 69 ss. Nella fattispecie, la Corte ha comunque concluso, in applicazione del consueto criterio della soglia minima di gravità, che la somministrazione della sostanza emetica alla vittima costituiva un trattamento inumano e degradante ed ha accertato, a questo titolo, una violazione dell'art. 3.

responsabilità ([90]). Un diritto, in altre parole, non cessa di essere «assoluto» per il solo fatto che il suo insorgere e il suo contenuto dipendano in qualche misura da un apprezzamento delle circostanze del caso: una conclusione, questa, che non appare incompatibile con le premesse di metodo ed i rilievi di ordine generale svolti nei paragrafi precedenti, giacché conferma l'attenzione della Corte verso una tutela *effettiva* dei diritti consacrati dalla CEDU, ispirata a parametri di *concretezza* e sensibile all'evoluzione della società e dei suoi valori.

Per quanto la trasposizione di questo modo di ragionare sul terreno degli obblighi positivi rappresenti talora un'operazione non agevole, sembra in definitiva possibile affermare, anche qui, che in tanto lo Stato è tenuto a tutelare *in modo attivo* i valori sottesi al divieto in parola in quanto ciò appaia *ragionevole* nelle circostanze del caso concreto, ma che un obbligo siffatto, una volta risultato sussistente, si imponga agli Stati alla stregua di un obbligo assoluto, insuscettibile di deroghe o compressioni.

ABSTRACT

Article 3 of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms provides that no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. The European Court of human rights, making use of the "dynamic" approach peculiar to its work, has clarified that States are not only under the obligation to refrain from torture and other prohibited treatment, as Article 3 further demands that they take "positive" action with a view to protecting the values underlying the prohibition. The paper goes into the reasoning that has lead to the emergence of such positive obligations, outlining their nature and possible content.

L'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che nessuno può essere sottoposto a tortura o a pene e trattamenti inumani o degradanti. La Corte europea dei diritti dell'uomo, sviluppando anche in quest'ambito l'approccio evolutivo che ne caratterizza l'opera interpretativa, ha affermato che in forza della norma ora richiamata gli Stati debbono ritenersi obbligati non solo ad astenersi dal praticare la tortura e le altre condotte vietate, ma debbono altresì adottare idonei provvedimenti «positivi» volti a proteggere i valori sottesi all'art. 3 o ad assicurarne una compiuta realizzazione. Lo scritto analizza le basi argomentative su cui sono stati ricostruiti i predetti obblighi positivi e ne delinea la natura e i possibili contenuti.

([90]) Cfr., fra le molte pronunce, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 novembre 1996, *Chahal* c. *Regno Unito*, in *Recueil*, 1996-V, par. 79, e Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 2 dicembre 2004, *Farbtuhs* c. *Lettonia* (ric. n. 4672/02), nella banca dati *Hudoc*, cit., par. 49.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XX (2006)

ENRICO MAESTRI

AUTOEVIDENZA E VALORE ASSOLUTO DELLA VITA UMANA. UNA CRITICA ALL'ARGOMENTO DI JOHN M. FINNIS (*)

1. – La questione della vita, e di quella umana in particolare, è al cuore della bioetica, eppure viene facilmente trascurata per l'urgenza di stabilire criteri etici regolatori della scienza biomedica; ciò induce, spesso, la bioetica ad omettere la riflessione epistemologica, ontologica e biofilosofica sulla vita. L'esito è la configurazione di un'etica che risulta imposta alla vita di cui vuol parlare.

La vita non è solo un termine scientifico, né solo un concetto biologico ma è un mondo in cui tutti noi siamo immersi alla ricerca di un orizzonte di senso.

La vita è la vera posta in gioco, implicata in tutte le questioni bioetiche. Eppure i filosofi hanno preferito non affrontare decisamente questo tema dichiarandosi incapaci di trattare un tale concetto per la densità e per la polisemicità che caratterizzano la nozione di vita. Un tema così composito e ramificato che ogni tentativo di chiarificarlo e di delimitarlo appare come un'impresa epistemologicamente ingenua e disperata. La vita è un mistero impenetrabile: così la filosofia si è difesa, asserendo di non aver riflettuto a fondo sulla complessità di questo tema.

Probabilmente, ora, lo scenario è cambiato e chi vuole occuparsi di bioetica non può più rifugiarsi sotto l'ombrello protettivo dello scetticismo epistemico.

(*) Ringrazio il CUR, Consorzio Università di Rovigo, che mi ha messo in condizione di continuare a sviluppare la mia ricerca su tematiche attinenti la bioetica normativa.

Sul palcoscenico del mondo compare un nuovo scenario: si presuppone che la vita, essendo meramente biologica, non abbia alcun valore in sé e possa subire un potere manipolativo tale da condurre alla creazione *ex novo* di un progetto vivente. L'unità tra natura e vita si sfalda e produce una modificazione in radice del concetto di vita. Questa perde il suo valore perché la *nuda vita*, cioè la vita biologica si frantuma in cellule, dischetti, organi, si anonimizza in materiali biologici e perde la possibilità di avere una tutela soggettiva[1].

La vita umana è, dunque, un concetto chiave della bioetica[2].

In questo senso la domanda prima ed ultima della bioetica è: "Che cos'è la vita umana?". La bioetica non può prescindere né da un discorso metaetico sulla vita, né da una bio-filosofia della vita, perché quest'ultima è il *thema decidendum* della deliberazione bioetica.

Sul concetto di vita si fonda, pertanto, la stessa epistemologia bioetica secondo una ricerca di senso il cui fine è quello di assicurare che l'argomentazione bioetica non si sviluppi a prescindere dalla vita, perché allora essa finirebbe per essere un'argomentazione senza ragione, senza finalità e senza dimensioni. La vita è misura di ogni dimensione e di ogni percorso bioetico, è il criterio e la legittimità stessa della bioetica come ricerca scientifica. Il dilemma morale in bioetica, infatti, riguarda sempre uno o più aspetti critici del processo vitale umano: la nascita, la morte, la malattia, il benessere, la salute, l'aborto, la riproduzione sessuale e altri temi, affini a questi, sono il *common core* della deliberazione bioetica. Scrive, in proposito, Jacob: "la vita è infatti il referente a cui rinvia la bioetica"[3].

2. – Esistono delle qualità o delle proprietà o delle caratteristiche che rendono la vita umana di diverso valore morale? Si chiede Raymond G. Frey: "One can try here to introduce some distinction between the intrinsic or

---

(1) M. TALLACCHINI, *Paradigma dell'informazione e smaterializzazione giuridica del corpo*, in F. RUFO (a cura di), *La terza rivoluzione scientifica. Bioscienze e coesione sociale*, Ediesse, Roma, 2003, pp. 123-149.

(2) Preciso che la parola "vita" deve essere intesa in riferimento alla vita umana. Pertanto, quando parlo di *bios* o di vita io mi riferisco esclusivamente al *bios* umano, alla vita umana, alla natura umana. Queste riflessioni, infatti, non hanno ad oggetto i problemi – seppur importanti – connessi con la bioetica animale e con quella ecologica o ambientale. Altresì, se parlo di vita umana, mi riferisco all'essere-corpo umano, cioè *organismo umano* e non ad un singolo *organo umano* (occhi , mani, braccia...). Spesso, in bioetica si afferma che tutto è vita volendo con questa espressione parificare la vita umana con un qualsiasi altro materiale organico di origine umana; ma non ha alcun senso parlare di vita umana senza riferirsi ad un essere umano nella sua individualità e nella sua identità organismica.

(3) A. JACOB, *Possiamo fondare la bioetica sul concetto di persona?*, in E. AGAZZI (a cura di), *Bioetica e persona*, Franco Angeli, Milano, 1993, p. 87.

inherent value of a life and the quality of a life; but if the value of a life is not to consist in its quality, in what, then, is it to consist?"[4] Oppure, la vita umana è sempre indisponibile e non permette il riconoscimento di spazi di azione e di scelta diversi e, in alcune situazioni critiche, antitetici rispetto al dovere assoluto di una sua riverenza? Esistono vie mediane tra una vita i cui valori, inerenti a se stessa, sono intesi in senso soggettivistico ed una vita, invece, che proclama il valore assoluto, incondizionato ed intrinseco di se stessa?

La domanda sul valore della vita è la domanda centrale del pensiero bioetico utilitarista e libertarista: che cosa fa la vita preziosa o di valore?

È questa la domanda che si pone John Harris nel suo saggio *The Value of Life* e che Anne MacLean analizza[5], chiedendosi se questa sia veramente una domanda sensata. È evidente che lo è, ma all'interno di uno spazio di ragione limitatissimo, in cui ognuno attribuisce un valore alla propria vita essendo l'unico a poter giudicare la propria esistenza. Ma la domanda "che cosa rende di valore la vita" ha un senso più allargato: essa riguarda la possibilità di rispondervi in relazione alle decisioni che devono essere prese, ad esempio, in ambito medico.

La domanda di Harris, scrive MacLean, non ha un ambito strettamente privato, il suo senso non è assorbito all'interno dell'ambito familiare o personale, ma "is implicit in many of the everyday decisions taken by medical practitioners; these decisions [...] tacitly presuppose an answer to [...] question of what makes life valuable"[6]. L'indagine sul valore della vita non riguarda allora solo il lato personale, ma tende a scoprire il senso metafisico della vita, cioè il valore che trascende il giudizio di valore personale e soggettivo. Ma è appunto questo che non viene tenuto in considerazione da chi ritiene che la vita possa essere di valore oppure no: egli non fa altro che aderire al giudizio espresso dal possessore della vita. Nelle pratiche mediche, il riferimento al valore, che la vita può avere in quella particolare situazione, non è mai metafisico, ma relativo al valore della vita per la persona che è oggetto di cure. Il desiderio genuino di un malato per l'interruzione delle cure, al fine di poter morire, non rende la vita in assoluto senza valore: "a genuine desire for death [...] would not make the life in question absolutely valueless; it would make it relatively valueless, or valueless to its possessor"[7].

Non c'è, quindi, nessuna decisione in ambito medico che presupponga la

---

(4) R. G. Frey, *Pain, vivisection, and the value of life*, in Journal of Medical Ethics, 2005, p. 203.

(5) A. MacLean, *The Elimination of Morality. Reflections on Utilitarianism and Bioethics*, Routledge, London, 1993. Un importante commento di questo saggio in M. Balistreri, *La qualità della vita, Discussione di un libro*: A. MacLean, *The Elimination of Morality*, in Bioetica, 1996, pp. 253-263.

(6) A. MacLean, *op. cit.*, p. 28.

(7) Ivi, p. 29.

qualità che rende in assoluto una vita di valore, ma si è in un contesto in cui un paziente, afflitto da una malattia invalidante, valuta la propria vita non più di valore.

Quindi, l'appello al valore assoluto della vita non ha senso, se, in realtà, la vita dotata di valore non è che la capacità stessa di dare valore alla propria vita.

Ma, se la qualità della vita tende a rendere assoluta una prospettiva che in realtà è solo soggettiva, quando e come si può affermare l'incondizionata inviolabilità dell'esistenza umana?

Senza la pretesa di essere esaustivo su questa ampia e complessa tematica, mi propongo di analizzare alcuni modi, consueti in bioetica, di affrontare il problema del valore della vita. Inizierò prendendo in considerazione la tesi (punto 3) secondo la quale la vita umana ha valore universale (o generale). Proseguirò l'analisi affrontando la tesi (punto 4) secondo la quale la vita umana ha un valore ultimativo od omnicomprensivo di tutti gli altri valori. Approfondirò, quindi, l'argomento del valore intrinseco della vita umana (punto 5), soffermandomi, infine, ed in modo critico, sulla versione proposta dalla "teoria etica della legge naturale" di John M. Finnis (punto 6).

3. – Sotto il profilo assiologico, affermare che la vita umana ha un valore universale implica che essa è costitutiva della natura umana e che è costantemente affermata dalle singole culture.

È ovvio che questa affermazione di universalità del bene della vita si esplicherà in modi diversi e, talvolta, in termini anche controintuitivi, tuttavia tutte le culture e le società hanno dato alla vita umana un valore universale.

Questo non significa che la vita abbia sempre avuto un valore assoluto o inderogabile, anzi in molte culture tribali la vita, collegata a determinate situazioni di *status* o di ruolo, veniva sacrificata attraverso cerimoniali feroci e socialmente impressionanti. Ma, come ha dimostrato John Kekes[8], anche in situazioni limite, come nel caso della pratica del "live burial" applicata dalla tribù africana dei Dinka, consistente nel sacrificio della persona che incarnava un ruolo cardine ma, in quel momento, non più attivo all'interno della tribù, la ragione di fondo derivava da una convinzione religiosa: quella pratica avrebbe consentito di proteggere maggiormente la vita di tutti i componenti della tribù[9]. Questo esempio dimostra che le forme di vita, anche

---

(8) J. KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, NJ, 1993.

(9) La tribù africana dei Dinka osserva una forma simbolica di conquista della morte, che evoca l'idea del sacrificio di sé e la capacità di controllo della propria morte. Il rito consiste nella possibilità che l'anziano stregone decida quando morire. Quando egli comprende che l'ora si avvicina, chiede di essere sepolto. Egli viene collocato nella tomba, che è ricoperta di terra, dopo aver pronunciato le parole di

le più crudeli verso la vita stessa, rispecchiano le particolari culture d'origine e che, nello stesso tempo, rispettano uno sfondo originale ed indisponibile – un universale antropologico – che è il valore universale della vita umana. Anche in contesti culturali come quelli tribali, che, di primo acchito, potrebbero apparire irriducibilmente relativistici, c'è la possibilità epistemologica di condividere tale contesto culturale con un'universalità umana il cui fine è la sopravvivenza della specie[10].

Nella prospettiva di una teoria pluralistica del valore, come quella elaborata da Kekes, la vita umana biologicamente intesa viene a far parte di quei valori primari (*primary values*), che, giustificati sulla base del criterio della natura umana indipendente dal contesto, servono agli esseri umani per garantirsi una condizione minima vitale.

I valori primari sono dei bisogni fisiologici vitali che sono universalmente e storicamente costanti e indipendenti dal contesto culturale. Corrispondentemente, esistono dei valori secondari o derivati che permettono all'uomo di conseguire il benessere umano e che si diversificano storicamente e culturalmente.

Il valore della vita umana in senso biologico, nella prospettiva di Kekes, non è inderogabile[11]; la vita in quanto vita (*qua life*) può avere un valore strumentale rispetto ai beni che completano la fioritura o la pienezza di senso di ciascuna persona; sulla base del criterio minimale, secondo il quale esiste una sola natura umana, permane in essa un valore universale e non relativo[12].

Come Iris Murdoch ha messo in evidenza, un buon punto di partenza, per conoscere i nostri doveri e, quindi, per elaborare una appropriata teoria del valore, è dato da un attento esame dei bisogni umani: "la natura umana, in quanto contrapposta alla natura di altri ipotetici esseri spirituali, possiede determinati attributi che possono essere individuati e che dovrebbero essere adeguatamente presi in considerazione in ogni discussione sulla morale"[13].

---

benedizione e di incoraggiamento a favore della sopravvivenza della propria tribù.

(10) In questo senso si veda il saggio di G. DE FINIS, *La filosofia e lo specchio della cultura*, Il Mondo 3 Edizioni, Roma, 1996, pp. 5-45.

(11) Kekes scrive: "what is reasonable to value is not life itself, but a life with some duration and enjoyment, one that merits self-respect and some sense of accomplishment. It is a life that is judged to be at least acceptable by the person living it, rather than an intolerable burden"; cfr. J. KEKES, *op. cit.*, p. 52.

(12) Kekes: "the problem for pluralists is to show that if we give up the view that life has overriding value, we still need not embrace the view that there is no reasonable prohibition that all traditions should recognize against taking or giving up life"; cfr. Ivi, p. 124.

(13) I. MURDOCH, *La sovranità del bene*, Carabba Editore, Lanciano, 2005, p. 136. Scrive Bruno Celano: "[...] che gli uomini abbiano certi bisogni, volizioni, desideri, capacità fondamentali è un giudizio che permea di sé l'intera rete delle nozioni valutative nei termini delle quali descriviamo e allo stesso tempo valutiamo gli eventi

La vita in quanto vita è un bene che ha valore universale, perché incarna una condizione necessaria (non strumentale) di realizzabilità del consorzio umano: tutte le morali sociali, scrive Hart, quale che sia il loro contenuto, "perseguono in qualche misura valori universali come la libertà individuale, la sicurezza della vita, la protezione del danno cagionato deliberatamente. [...] La conservazione di una determinata società è un valore perché tra le altre cose essa assicura agli esseri umani una certa misura di questi valori universali. Si può quindi sostenere che una società umana la quale nella sua morale disconosca interamente questi valori non è né logicamente né empiricamente possibile"[14]. La vita ha, per Hart, un valore universale perché rende l'uomo consapevole dei bisogni, delle aspettative e delle reazioni degli altri. Essa è il presupposto necessario per rendere possibile la società umana; è una virtù universale: "basta fare l'esperimento hobbesiano di immaginare l'assenza totale di queste *virtù* per vedere che esse sono essenziali per ogni forma associativa della vita umana e per una vita personale felice. Nessun principio di morale critica che concede la minima attenzione ai *fatti più elementari della natura umana* e alle condizioni in cui essa dev'essere condotta, può pretendere di fare a meno di tali virtù"[15].

Il punto di partenza – dal quale derivano verità ovvie, relative agli esseri umani, prima tra tutte la vulnerabilità umana sulla quale si fonda il precetto *Non uccidere*[16] – è la tacita presupposizione secondo la quale la sopravvivenza è un bene assoluto. "Tale condizione di eccellenza non è il bene o il fine umano perché l'uomo lo desidera: ma piuttosto egli la desidera perché è *già il suo fine naturale*"[17].

Questa tesi dimostra che il problema dell'individuazione della persona morale, così rilevante nella discussione bioetica contemporanea, non può prescindere dal concetto di sopravvivenza, perché esso esprime la continuità di tutta la composizione materiale di un organismo vivente e, quindi, la presenza di tutti i suoi costituenti biologici essenziali. Sul concetto di sopravvivenza si frantuma la dicotomia corpo/mente assunta a paradigma dalla bioetica utilitarista, perché la sopravvivenza implica logicamente l'esistenza di una entità biologica individuale in possesso di proprietà morali, in quanto, come ha magistralmente intuito Hart, "le azioni di cui diciamo che

---

della vita umana"; cfr. B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 574.

(14) H. L. A. HART, *Diritto, morale e libertà*, Bonanno Editore, Catania, 1968, pp. 86-87.

(15) Ivi, p. 88; corsivo mio.

(16) Scrive Hart: "Se gli uomini perdessero la loro vulnerabilità reciproca sparirebbe un'ovvia ragione per il precetto più tipico del diritto e della morale: *Non uccidere*"; cfr. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. 227.

(17) Ivi, p. 222; corsivo mio.

è *naturalmente bene compierle* sono quelle che si richiedono per la sopravvivenza"[18].

4. – La vita è un valore che comprende e presuppone tutti gli altri valori: è in, questo senso, un *"ultimate value"*. La vita è un bene dal cui valore dipendono e derivano tutti gli altri valori. Senza la vita umana non si dà possibilità che possano sussistere altri valori, beni, diritti e doveri. La vita è un antecedente logico di tutti gli altri valori. In questo senso, la vita umana può essere compresa come un prerequisito essenziale per vivere bene. Questa affermazione implica, però, una importante differenza di interpretazione del concetto di vita umana come *ultimate value*.

John Kleinig mette in evidenza questa differenza, distinguendo le teorie bioetiche che ritengono la vita umana come *self-evidently valuable,* dalle teorie che la considerano come *preconditionally valuable*[19].

Nella letteratura bioetica è noto che questa distinzione indica la differenza tra il paradigma-principio della "sacralità della vita", in forza del quale il bene della vita umana è un valore assoluto e infinito, e il paradigma-principio della "qualità della vita", in forza del quale il bene-vita serve a raggiungere altri beni.

Il primo paradigma contiene tutte quelle teorie etiche normative che considerano la vita un bene in sé. Il secondo paradigma contiene, invece, quelle posizioni etiche che considerano la vita umana un mezzo per la realizzazione di quei beni fondamentali che costituiscono il benessere umano.

Nell'economia di queste brevi considerazioni, non ritengo necessario approfondire, da un punto di vista metaetico, i concetti di "sacralità" e di "qualità" della vita. Ciò che, qui, interessa è comprendere quali implicazioni bioetiche (aborto, eutanasia, rispetto dell'essere umano, ecc.) determinano due concezioni che si presentano in modo antitetico. Devo anche premettere che non affronterò il problema dell'interpretazione religiosa e teologica della inviolabilità della vita umana. La tesi, secondo la quale la vita è sacra perché creata da Dio, di proprietà di Dio e donata agli uomini da Dio, esprime una concezione, che, seppur centrale nel dibattito bioetico attuale, costituisce un *vulnus* rispetto ai tentativi e agli sforzi teoretici di coniugare questioni bioetiche e ragione pubblica.

Si possono, quindi, distinguere due modi contrapposti di intendere il valore della vita. Il primo postula che la vita (umana) abbia un valore inviolabile, indisponibile e inalienabile. Il secondo ritiene che la vita sia inviolabile, indisponibile e inalienabile se, e solo se, garantisce il rispetto del

---

(18) Ivi, p. 223; corsivo mio.

(19) J. KLEINIG, *Valuing Life*, Princeton University Press, Princeton, 1991, pp. 131-141.

piano di vita e dei desideri razionali delle persone. Come si può arguire, da un punto di vista morale, nella prima prospettiva si afferma il valore assoluto del diritto alla vita, nella seconda invece si nega una base assoluta al diritto alla vita, qualora il diritto stesso "sia appoggiato su fondamenti così insussistenti quali i principi della sacralità o completa non disponibilità della vita umana"[20].

Ciò che attribuisce il diritto morale alla vita è possedere quelle qualità che conferiscono lo statuto morale della personalità.

In sintesi, mi propongo di distinguere una concezione della vita come valore intrinseco da una concezione della vita come valore strumentale, senza impegnarmi in una discussione metaetica sui significati di valore intrinseco e di valore strumentale (o estrinseco), che ritengo non strettamente necessaria ai fini di queste riflessioni.

5. – Concordo con quei bioeticisti che non si appellano all'etichetta della "sacralità della vita", perché non permette di comprendere la complessità, la ricchezza e la diversità delle posizioni teoriche componenti il *puzzle* di questo paradigma[21].

Se per valore intrinseco della vita si intende che la vita sia inviolabile per il fatto stesso della sua esistenza, che il suo valore non derivi da una o più qualità attribuibili ai soggetti di quella vita, che, pertanto, tutte le vite umane siano di uguale valore e che tutte abbiano lo stesso diritto alla vita, allora con buona approssimazione si può ricomprendere all'interno di questo paradigma interpretativo una molteplicità di prospettive bio-etiche, che per linee argomentative diverse sostengono la stessa tesi.

Senza nessuna pretesa esaustiva, indico alcune prospettive bioetiche. Una prima corrente teorico-etica corrisponde alla concezione teologica o religiosa del valore intrinseco della vita umana[22].

Una seconda corrente si identifica con la tesi, a cui aderisce la bioetica cattolica, del *personalismo ontologico*, in base al quale vi è coestensione, ma non identificazione, tra vita biologica e vita personale.

Secondo questa particolare prospettiva[23], la vita biologica in sé e per sé

---

(20) E. Lecaldano, *Utilitarismo e sentimentalismo: una concezione del bene e del giusto*, in Aa. Vv., *Annuario di filosofia. Bene, Male e Libertà*, Leonardo Mondadori, Milano, 1999, p. 167.

(21) Vedi M. Chiodi, *Tra cielo e terra. Il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, Cittadella Edizioni, Assisi, 2002; e K. Bayertz (ed.), *Sanctity of life and human dignity*, Kluwer, Dordrecht, 1996.

(22) Per una chiara sintesi, rinvio a A. Luño, *Fondazione filosofica e teologica del principio dell'inviolabilità della vita umana*, Paper, 2006, reperibile on-line.

(23) Sulla prospettiva filosofica del personalismo ontologico, rinvio a L. Palazzani, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996; C. Viafora (a

non ha rilevanza morale, ma è pur tuttavia coessenziale all'esserci delle persone. La coestensione della persona (vita personale) all'organismo corporeo (vita biologica) non viene sostenuta per affermare il primato della biologicità sulla coscienza, ma viene sostenuta per affermare, qualora cessi il funzionamento dell'organismo umano, che l'individuo non esiste più. In forza del principio coestensivo, il dovere assoluto di ogni uomo non è quello di continuare a vivere, perché ciò, insieme col nutrirsi e col riprodursi, non lo distanzierebbe dagli animali, ma è quello di vivere bene e in pienezza spirituale le forme della vicenda umana biografica.

A mio parere, accanto a (se non in seno a) questa seconda prospettiva si sviluppano due teorie che rinviano ad una più comprensiva concezione oggettivo-ontologica della vita umana: la teoria etica dei beni fondamentali di John Finnis e la teoria personalista teleologica di Robert Spaemann.

Una terza corrente filosofica fa capo ad una concezione naturalistica della sacralità della vita. Ne fanno parte le teorie panvitalistiche di Albert Schweitzer, di Edward Shils e l'etica biocentrica di Holmes Rolston. Fa parte di questa composita corrente anche la teoria, da me condivisa, che fonda il rispetto assoluto della vita umana sul fine-valore della sopravvivenza del *bios* umano.

Una particolare posizione teorica deriva anche dalla tesi di Ronald Dworkin sul valore intrinseco della vita. Dworkin distingue tra valore strumentale, valore soggettivo e valore intrinseco. La vita umana può essere valutata in tutti e tre questi modi; in particolare, la vita possiede un valore intrinseco quando essa ha un valore che è indipendente dalle valutazioni personali degli individui e, dunque, dai valori strumentali o soggettivi[24].

La quarta ed ultima posizione teorica è rappresentata dalla teoria neokantiana del rispetto della vita in termini di dignità della persona come fine in sé. Questa prospettiva, sostenuta in ambito bioetico, tra gli altri, da Alan Donagan[25] ed, in Italia, da Massimo Reichlin[26], scorge nel rispetto della persona, piuttosto che della vita, il criterio ultimo della moralità e il valore primario di ogni bioetica in grado di procedere oltre i limiti della contrapposizione tra sacralità e qualità della vita.

All'interno di questo frastagliato e complesso paradigma-principio non mancano le zone grigie o di penombra rappresentate da quelle teorie etiche

---

cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Gregoriana Libreria, Padova, 1994; P. CATTORINI, *I principi della bioetica e il personalismo*, in P. CATTORINI, R. MORDACCI, M. REICHLIN, *Introduzione allo studio della bioetica*, Europa Scienze Umane, Milano, 1996, pp. 117-156.

(24) R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

(25) A. DONAGAN, *The Theory of Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

(26) M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002.

che, imperniate soprattutto sul concetto deontologico o proporzionalistico di persona, trascolorano dall'assoluto rispetto per la vita umana a quello dell'assoluto rispetto del benessere della persona. In questo senso, il principio della dignità umana fungerebbe da terza via rispetto alle due vie principali del valore intrinseco o estrinseco della vita.

In generale, l'idea della inviolabilità (o sacralità) della vita umana è connessa a due tesi moralmente forti.

La prima tesi afferma il costante ed uguale valore della vita lungo il decorso del tempo biologico-naturale. In quest'ottica si nega la problematizzazione del rapporto tra vita e tempo attraverso la dicotomia tempo biologico e tempo storico (o narrativo)[27], che ricalca per le implicazioni bioetiche il dualismo, elaborato da James Rachels, tra vita biologica (cioè "essere vivi") e vita biografica (cioè "avere una vita)[28].

A quest'ultima prospettiva, secondo la quale la distinzione tra *essere vivi* in senso biologico e *avere una vita* in senso biografico implica la relatività etica del precetto *Non uccidere*, si oppone la tesi del costante valore temporale della vita umana, in forza della quale non si ammette che si operino distinzioni o scomposizioni qualificative della vita in diverse forme di vita, basando le "decisioni sul prolungamento o l'accorciamento della vita di una persona su giudizi di qualità della vita"[29].

Da questa tesi deriva, dunque, il principio dell'obbligazione presuntiva di preservare la vita umana in qualsiasi situazione essa versi.

La versione massimalista di questo principio è stata interpretata come una forma estrema di vitalismo. Secondo questa interpretazione, l'astensione da ogni riferimento relativo alla qualità della vita conseguente ai trattamenti, a cui sono stati sottoposti i pazienti, finisce per attribuire valore solo alle funzioni biologiche vitali, senza tenere in alcun conto il valore della dignità e dell'esistenza narrativa della persona. Scrive Amnon Goldworth: "For if human life has absolute or infinite value, it trumps every other socially acknowledged value, and we are then morally obliged to do whatever is necessary to protect and prolong each and every human life no regard for the satisfaction of other social goods"[30].

In realtà, questa critica tende a considerare il principio indicato come una regola sovraordinata e diretta: la vita biologica è intesa come un mero stato di

---

(27) La relazione concettuale tra tempo e qualità della vita, in contrapposizione con le tesi esposte da Nagel in *Questioni mortali*, viene approfondita da J. Raz, *I valori tra attaccamento e rispetto*, Diabasis, Reggio Emilia, 2003, pp. 69-110.

(28) J. Rachels, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Sonda, Torino, 1989.

(29) P. Cattorini, M. Reichlin, *L'idea di vita in bioetica*, in Filosofia e Teologia, 1996, p. 304.

(30) A. Goldworth, *The Real Challenge of Baby Doe: Considering the Sanctity and Quality of Life*, in Clinical Pediatrics, 28, 1989, p. 121.

funzionamento umano; non si tiene conto se il prolungamento della vita costituisca oppure no un benessere per l'individuo in questione.

Ma al di là di ciò, questo principio, che tutela il prolungamento della vita indipendentemente da un giudizio sulla sua qualità, implica, comunque, una differenza tra causare la morte e lasciare che la natura faccia il suo corso, cioè "tra intendere un certo effetto e limitarsi a prevedere che si realizzerà, tra sottrarre a un paziente mezzi ordinari e sottrargli mezzi straordinari"[31].

In questo senso, parlavo di obbligazione presuntiva, perché la vita umana, nelle situazioni critiche di malattia, deve essere sempre preservata, a meno che il trattamento medico non sia totalmente inefficace o aggravi la situazione già di per sé critica nella quale versa il paziente. In questi casi il trattamento deve essere sospeso, altrimenti si cade in un'ipotesi di accanimento terapeutico.

Coloro che criticano, invece, questo principio spostano l'asse di discussione sul valore della vita soltanto sul suo aspetto narrativo o biografico. Ciò che conta è ancora la persona spogliata della sua carnalità, della sua corporeità: l'affermazione, secondo la quale ogni persona ha lo stesso valore biografico, implica che è falso sostenere che ogni vita biologica ha lo stesso valore. Di conseguenza il precetto *Non uccidere* è derivativo di una regola sovraordinante che, in quest'ottica, impone la non soppressione delle sole vite biografiche. In questo modo si traccia una linea netta là dove non è possibile tracciarla, perché la complessità bio-fisiologica del sistema vivente umano non permette un'operazione meccanicistica, in cui da una parte c'è un corpo senza vita e dall'altra parte c'è lo spettro qualificativo che "vivifica" il corpo in determinate circostanze e a determinate condizioni.

Coglie nel segno Massimo Reichlin quando afferma che questo dualismo "tra vita biologica e vita biografica è solo limitatamente applicabile all'esperienza concreta della malattia e della morte umane"[32].

La seconda tesi, derivante dall'idea dell'inviolabilità della vita umana, consiste nell'affermazione della norma *Non uccidere*.

Come scrive Viola, sull'accettazione della tesi morale, secondo la quale la vita ha un valore assoluto, inviolabile perché è un valore di per sé, senza bisogno di ulteriori qualificazioni, "si basa il diritto alla vita e l'imperativo categorico *Non uccidere* che è una delle poche norme presenti in tutte le culture di ogni tempo e paese"[33]. La norma negativa *Non uccidere* sancisce il riconoscimento universale del valore intrinseco della vita umana. Nelle

---

(31) M. Reichlin, *L'etica e la buona morte*, cit., pp. 71-72.

(32) Ivi, p. 103.

(33) F. Viola, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 33.

prospettive deontologiche, questo imperativo categorico assume un valore inderogabile: in caso di conflitto morale tra il principio dell'illiceità assoluta dell'uccisione intenzionale e il principio di fare comunque il bene della persona (si pensi al caso tipico dell'eutanasia), deve prevalere sempre e comunque l'imperativo categorico *Non uccidere*, a prescindere dalle conseguenze. Senza entrare nel merito della distinzione tra dovere *prima facie* e dovere assoluto di *Non uccidere*[34], è opportuno notare che quest'ultima declinazione è sostenuta da John Finnis: il precetto *Non uccidere* è il principale se non l'unico di alcuni doveri morali che hanno carattere assoluto ed inderogabile.

6. – La peculiarità epistemologica che caratterizza la *Nuova Dottrina del Diritto Naturale* (o scuola *neoclassica* in contrapposizione alla scuola *neoscolastica*)[35], di cui Finnis è l'esponente più influente, consiste nel ritenere i primi principi della legge naturale dei valori fondamentali di per sé autoevidenti, non derivati dal concetto metafisico di natura umana.

Questa tesi, difesa da Finnis e dalla scuola neoclassica del diritto naturale, afferma che, nonostante la *Legge di Hume* (cioè la regola logica che da predicati fattuali-assertivi non si possono inferire predicati morali-prescrittivi) sia riconosciuta valida all'interno del dominio morale, non si incorre nell'errore di infrangerla, qualora si adotti una strategia argomentativa fondata sulla conoscenza pratica indimostrabile e di per sé autoevidente del bene umano.

Finnis ritiene – in polemica aspra con la tesi *neoscolastica*[36], sostenuta da Jacques Maritain[37] e, in Italia, da Sofia Vanni Rovighi, che presume di

---

([34]) Su questo punto rinvio a M. MORI, *La bioetica: la risposta della cultura contemporanea alle questioni morali relative alla vita*, in C. A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, pp. 186-198.

([35]) La *Nuova Dottrina del Diritto Naturale* prese l'avvio nel 1965 da un articolo di Germain Grisez sul primo principio della ragion pratica (*"bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum"*), in forza del quale la ragione umana conosce *naturaliter* il bene da compiere e il male da evitare, poiché il bene umano e morale è già un bene *della* ragione, *per la* ragione e formulato *dalla* ragione. Si veda G. GRISEZ, *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the* Summa Theologiae, I-2, Question 94, Article 2, in Natural Law Forum, 10, 1965, pp. 168-201.

([36]) Scrive Finnis: "La teoria della legge naturale rompe decisamente con l'equivoco, letteralmente vergognoso, che è così comune nei filosofi neoscolastici, e cioè che la mia realizzazione (la mia Felicità) è per me il *telos* o l'*ultimus finis*, il criterio supremo della ragionevolezza pratica nel mio pratico ragionare"; J. FINNIS, *Natura e legge naturale nel dibattito filosofico e teologico contemporaneo: alcune osservazioni*; testo disponibile on-line sul sito della Pontificia Academia Pro Vita.

([37]) Cfr. F. VIOLA, *La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1983, pp. 267-292.

derivare il bene morale dalla natura umana[38] – che le ragioni per agire trovano una giustificazione non "nelle proposizioni teoretiche della metafisica, ma nei principi pratici indimostrabili che sono evidenti (*per se nota*) e non abbisognano di ulteriori spiegazioni che li giustificano"[39]. La legge naturale è, dunque, per Finnis "un insieme di principi che indicano le forme fondamentali della fioritura umana come beni da perseguire e realizzare, e che sono usati in un modo o nell'altro da chiunque rifletta sul da farsi, per quanto fallaci possano essere poi le sue conclusioni"[40].

Questa teoria etica della legge naturale permette l'assunzione concettuale dei beni fondamentali da un punto di vista normativo (cioè del *Sollen*), escludendo il criterio biologico o quello ontologico, i quali inferendo i beni dalla natura umana incorrerebbero nella ben nota fallacia naturalistica di derivare valori da fatti.

---

(38) Per una ricognizione di questa diatriba filosofica tutta interna al mondo cattolico, rinvio alla lettura di A. CORRADINI, *On the Normativity of Human Nature: Some Epistemological Remarks*, in Journal of Medicine and Philosophy, 28, 2003, pp. 239-254.

In questa sede, per ragioni di spazio, mi limito a riassumere nei suoi termini essenziali la "diatriba cattolica" tra la teoria *neoclassica* e la teoria *neoscolastica*. Nell'ambito del pensiero metaetico cattolico regnano sostanzialmente due correnti epistemologiche contrarie rispetto alla validità morale della *Legge di Hume*. Da una parte, c'è chi ritiene che la *Legge di Hume* non operi sul piano morale, ma valga solo come regola logica. Se un'argomentazione morale si basa su ragioni fondanti dedotte dalla metafisica o dalla natura umana (creata da Dio), allora non ha alcun senso invocare la *Legge di H*ume per inferirne la sua invalidità. Questa corrente di pensiero ripropone le tesi della concezione della legge naturale come è stata prospettata dalla scolastica o dalla neoscolastica della prima metà del Novecento (si pensi alla tesi della *connaturalità* di Maritain). Dall'altra parte, invece, c'è chi ritiene valida la *Legge di Hume* anche nel dominio morale, ma ritiene di non incorrervi adottando una strategia che è fondata sulla conoscenza pratica indimostrabile e di per sé evidente del bene umano. E' questa l'ipotesi sostenuta dalla scuola neoclassica e da John Finnis, il quale ritiene che le ragioni per agire trovano una giustificazione non "nelle proposizioni teoretiche della metafisica, ma nei principi pratici indimostrabili che sono evidenti (*per se nota*) e non abbisognano di ulteriori spiegazioni che li giustificano"; cfr. J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 85.

Pertanto, secondo questa versione della filosofia pratica cattolica, l'assunzione biologica del concetto di vita infrange la *Legge di Hume*, viceversa una assunzione comunque non ontologica ma normativa dello stesso concetto di vita è fatta salva dall'essere "decapitata" dalla summenzionata legge. Il problema rimane, però, quello di vedere se una giustificazione pratica di questo tipo sia veramente razionale, cioè contenga buone ragioni e, comunque, non nasconda nella sua struttura argomentativa un qualche termine medio d'indole naturale, che la renderebbe irrimediabilmente fallace.

(39) J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 85.

(40) Ivi, p. 25.

Scrive Finnis: "i principi primi della legge naturale e i principi primi della ragion pratica sono i principi che balzano agli occhi e ci dirigono verso le fonti primarie del bene umano – beni primari come la vita stessa, la conoscenza, l'amicizia, il matrimonio, la stessa ragionevolezza pratica (*bonum rationis*). Questi principi sono verità. Sono indimostrabili, cioè autoevidenti, *per se nota*"[41]. Finnis insiste, dunque, nel dimostrare che questi beni derivano da intuizioni intelligibili dell'esperienza razionale del conoscere e che, pertanto, la loro verità morale non ha alcuna necessità di essere inferita da un superiore livello metafisico: "because our knowledge of the seven basic human values is not derived from any prior definition of human nature, there is no need for natural law ethics to derive the *ought* from any *is*"[42]. È stato fatto rilevare da Luca Baccelli che questa impegnativa tesi finnisiana non sfugge comunque, se non alla fallacia naturalistica, ad una sorta di fallacia epistemologica, in quanto i beni fondamentali *per se nota,* individuati da Finnis su un piano puramente epistemico, non postulano necessariamente delle norme morali[43].

Ma qui interessa soprattutto capire quale "posto" abbia nella teoria morale della legge naturale di Finnis il valore della vita umana.

Finnis considera la vita umana uno dei sette valori fondamentali, cioè dei beni ultimi, che ci permettono di agire moralmente. Questi beni configurano l'ideale della piena fioritura umana e consentono alla ragione umana di interpretarli come criteri per contrassegnare un'azione pratica come immorale. Infatti, si ha immoralità quando si agisce per danneggiare o sacrificare uno di questi beni ultimi. Scrive Finnis che "un primo valore fondamentale, corrispondente all'istinto di autoconservazione, è il valore della vita"[44].

Il bene della vita, come il valore di ciascuno degli altri beni fondamentali – la conoscenza, il gioco, la socievolezza, l'esperienza estetica, la ragionevolezza pratica e la religione – non può essere inferito da un fatto o da una classe di fatti, perché è un principio inderivato, perché non è un principio morale ma è un bene moralmente rilevante, che ha una direttività non ancora morale ma che diventa morale quando "guidata dal principio secondo cui la stessa ragionevolezza pratica è un bene da perseguire e da fare, si considera che cosa scegliere alla luce della direttività combinata di

---

(41) J. Finnis, *Natura e legge naturale nel dibattito filosofico e teologico contemporaneo: alcune osservazioni*, cit.

(42) B. Hinton, *A Critical Look at Finnis's Natural Law Ethics and the Role of Human Choice*, in The Journal of Value Inquiry, 37, 2003, p. 70.

(43) L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, pp. 101-102.

(44) J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., pp. 94-95.

tutti i principi che riguardano sia il proprio bene individuale che il bene di ciascun altro"[45].

La vita è un primo valore fondamentale, "corrispondente – asserisce Finnis – all'istinto di conservazione. [...] Il termine vita indica qui ogni aspetto della vitalità che pone un essere umano in buona forma per l'autodeterminazione. Quindi, vita include qui la salute corporea (compresa quella cerebrale) e la libertà dal dolore che si accompagna a danni o a disturbi organici. [...] Forse dovremmo includere in questa categoria la trasmissione della vita tramite la procreazione"[46].

Finnis ritiene che il suo elenco non sia esaustivo, egli ha dato semplicemente delle indicazioni verso categorie (come la vita) relative allo scopo umano. E, a differenza dei beni primari di Rawls che sono dei mezzi utili per qualsiasi scopo[47], Finnis considera i beni fondamentali dei valori fondamentali in se stessi: essi "sono fini dell'azione pratica e mantengono un'inesauribile potenzialità di realizzazione"[48].

Ora, se Finnis si fosse limitato ad includere nella lista dei beni fondamentali il bene della vita umana (anche se il modo con cui giustifica, attraverso l'autoevidenza, l'esistenza di questi valori non convince perché rimane non dimostrato, bensì solo asserito) avrebbe sostanzialmente giustificato una tesi *minimale* della fioritura umana, in forza della quale poter affermare che vi sono alcune modalità della natura umana biologicamente determinate e la cui disposizione si può identificare biologicamente. Ma, l'inclusione del bene della vita umana nella lista dei beni fondamentali avviene su uno sfondo eticamente *spesso* in cui il requisito esterno del dovere morale si impone sul carattere relativo dell'agente virtuoso, finendo per condizionare in modo assoluto, inderogabile ed universale il raggiungimento di quei beni fondamentali.

Altre obiezioni si impongono.

La prima riguarda l'estensione potenzialmente aperta della lista di Finnis. Si rischia che questo catalogo di beni fondamentali umani nasconda un certo grado di arbitrarietà. È pur vero che Finnis evidenzia l'ordine soggettivo delle priorità: ciascun bene fondamentale dipende dalle proprie inclinazioni

---

(45) J. Finnis, *Natura e legge naturale nel dibattito filosofico e teologico contemporaneo: alcune osservazioni*, cit.

(46) J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 94.

(47) Per Rawls, i beni della libertà, della opportunità, della ricchezza e del rispetto di sé sono primari perché "è razionale volere questi beni qualsiasi altra cosa si voglia, dal momento che sono necessari generalmente per formulare e attuare un piano razionale di vita"; cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982, p. 356.

(48) M. Mangini, *Il liberalismo forte. Per un'etica pubblica perfezionista*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, p. 108.

personali e dalle proprie scelte; non c'è gerarchia oggettiva tra i beni. Ma questo implica una maggiore difficoltà nella giustificazione di una lista di beni fondamentali.

Da un lato, se la scelta è soggettiva non significa non tener conto che per Finnis il programma di *human flourishing* deve esplicarsi all'interno di quel set di valori, i quali, sotto il profilo strettamente morale ed in forza del primo principio della ragionevolezza pratica, devono fondare dei doveri assoluti.

Dall'altro lato, se non c'è alcuna gerarchia tra i beni fondamentali, significa che essi sono incommensurabili ovvero non comparabili, e questo implica una forte e insuperabile difficoltà a risolvere un eventuale conflitto tra questi valori.

Come scrive Bernard Williams, "quando si dice che i valori sono incommensurabili, [...] ciò sembra implicare che ogniqualvolta ci troviamo di fronte all'affermazione di questi valori, dovunque essi siano in conflitto tra loro, non ci è possibile in alcun modo confrontarli e assumere una decisione razionale"[49]. Come è possibile affermare che il suicidio è assolutamente proibito, perché è un atto che rifiuta il bene della vita, se non si rende questo bene gerarchicamente superiore a quello, ad esempio, di porre fine ad uno stato di dolore indicibile, in cui versa una persona gravemente ammalata? In realtà, l'incommensurabilità non permette di decidere in una situazione conflittuale come questa[50].

La tesi dell'*human flourishing* rischia allora di essere troppo impegnativa in un contesto interculturale in cui si tenti di costituire un fondamento condiviso della tutela morale umana. La tesi finnisiana si presenta radicalmente massimalista, rappresenta una versione iper-perfezionistica del bene umano, con la conseguenza di esporsi, in modo ancor più pertinente, alle stesse critiche che vengono rivolte alle tesi delle varie etiche delle virtù.

Infatti, l'affermazione secondo la quale la vita umana possiede alcune caratteristiche centrali riconoscibili da tutti gli esseri umani incontra le obiezioni che si rivolgono tanto alle teorie che rinvengono queste caratteristiche nella natura umana quanto alle teorie che ritengono queste caratteristiche autoevidenti. Ad entrambe queste teorie si può rivolgere la stessa accusa: si tratta di rappresentazioni "di quadretti irenistici, ammiccanti,

---

([49]) B. WILLIAMS, *Sorte morale*, Il Saggiatore, Milano, 1987, p. 104.

([50]) L'obiezione è: "the individual may have opted for suicide, for example, because he or she has allowed practical reasonabless to be used to compare and contrast the value of terminating some overhelming pain or suffering which the person is no longer able to endure. The hermit denies himself participation in the value of sociability, but if he denies himself, this is itself a recognition of the basic value itself, since we do not deny ourselves what we do not believe to be good"; cfr. A. F. REEVE, *Incommensurability and basic values*, in The Journal of Value Inquiry, 31, 1997, p. 549.

intollerabilmente melensi, fittizi, [...] descrizioni faziose di carattere più o meno ingenuamente valutativo e [...] allo stesso tempo rigorosamente intransigenti nei confronti di quanto non si adatta allo schema privilegiato di *vita secondo natura*"[51].

Un'ulteriore obiezione deriva da questa constatazione: Finnis ritiene, da un lato, il bene della vita di per sé autoevidente, valido indipendentemente dalla sua effettività storica ("proprio come i principi matematici"); dall'altro lato, però, cerca la conferma di questo valore universale facendo riferimento ad una costante antropologica[52], cioè ad una serie di dati che sono eminentemente empirici. Ma l'affermazione di un valore autoevidente implica la non necessità di cercare rassicurazioni empiriche nella letteratura antropologica. Viceversa, il riferimento a "regolarità antropologiche universali" finisce per essere apertamente in contraddizione con il presupposto programmatico, adottato dalla scuola *neoclassica*, di svincolare il ragionamento pratico da ipoteche di ordine antropologico, metafisico e ontologico.

Indubbiamente Finnis identifica i beni fondamentali attraverso una *ratio* diversa rispetto a quella di Hart[53]. Quest'ultimo, sulla base di un fatto biologicamente ovvio, rileva che lo scopo-fine della natura umana è quello minimale di sopravvivere e, quindi, di vivere. Questo fine, che deriva – secondo Hart – dall'umile sfera dei fatti biologici, fonda di per sé una prospettiva normativa in quanto esso è un bene che si traduce nella regola-guida in forza della quale non è permesso costruire la società sul modello di un club di suicidi.

La stessa *ratio*, adottata da Hart, vale anche per i sostenitori dell'etica della virtù come A. MacIntyre, M. Nussbaum, R. Hursthouse e P. Foot, che derivano dalla natura umana un insieme di fini o di funzioni o di virtù o di capacità naturali per inferire una lista minima o massima di beni morali da perseguire. Finnis, invece, nega che i fatti, riguardanti la natura umana, costituiscano ragioni per l'azione e fondino la normatività. Il suo approccio è apertamente *non-naturalistico*[54] e antitetico all'approccio *eudaimonistico-*

---

(51) B. Celano, *op. cit.*, p. 578.

(52) Scrive Finnis: "Tutte le società mostrano riguardo per il valore della vita umana; in tutte l'autoconservazione è generalmente accettata come un motivo adeguato per l'azione, e in nessuna l'uccisione di altri esseri umani è permessa senza una giustificazione accuratamente definita. Tutte le società umane considerano la generazione di una nuova vita umana come in se stessa una cosa buona, a meno che non sussistano speciali circostanze"; cfr. J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 91.

(53) Su questo punto si veda G. Zanetti, *John M. Finnis e la nuova dottrina del diritto naturale*, in Id. (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello Cortina Editore, Milano,1999, pp. 33-62.

(54) Su questo punto rinvio a P. Simpson, *Goodness and Nature. A Defence of Ethical Naturalism*, Kluwer, Dordrecht, 1987, pp. 266-270.

teleologico[55]; ammette che esiste una netta separazione, *à la* Hare, tra giudizi descrittivi e giudizi prescrittivi; fonda la percezione di questi beni sull'autoevidenza, cioè sul fatto che il soggetto segue razionalmente le proprie inclinazioni. La normatività di queste ultime non sono, però, inferite dal loro essere "funzioni naturali", ma esse sono già normative perché derivano dalle attenzioni proprie, interne, di tutti gli esseri umani. Queste attitudini, colte dalla ragione e trasformate nel contenuto di un giudizio pratico, sono molto più delle inclinazioni che si trovano in natura. Per l'essere umano, cioè per la persona, ciò che "la natura ha insegnato a tutti gli animali" (secondo il brocardo romano di Ulpiano) non è sufficiente per fondare una qualsiasi norma o dovere. Se l'animale non umano fa ciò che la sua natura, dotata di istinti, gli impone, allora esso compie la sua funzione. Si può dire lo stesso per la persona? Evidentemente per Finnis e la teoria neoclassica la risposta è negativa, in forza delle argomentazioni sopra addotte.

Ma, da un passo tratto dal saggio di Finnis dal titolo *Gli assoluti morali*, in cui si descrivono la complessità, la ricchezza e l'irriducibile perfezionamento della persona, si ricava la netta sensazione che il criterio dell'autoevidenza sia l'ennesimo tentativo di descrivere la natura dell'uomo attraverso uno stratagemma meta-normativo con il quale sfuggire alla "ghigliottina di Hume".

Il passo recita in questi termini: "Noi siamo in quanto esseri animati delle sostanze organiche. La stessa vita umana, nel suo mantenimento e nella sua trasmissione, salute e sicurezza, rappresenta una categoria di bene fondamentale. In quanto esseri razionali, possiamo conoscere la realtà e apprezzare la bellezza e tutto ciò che attragga con intensità le nostre facoltà di conoscere e di sentire. La conoscenza e l'esperienza estetica costituiscono un'altra categoria di beni fondamentali. In quanto esseri simultaneamente animali e razionali, infine, possiamo trasformare il mondo naturale servendoci di realtà fisiche, a cominciare dal nostro stesso io corporale, per esprimere significati e servire dei fini. La realizzazione di tale attribuzione di significato e creazione di valore è, di se stessa, un'altra categoria di beni fondamentali: un certo grado di eccellenza nel lavoro e nel gioco"[56].

Ebbene, questa "è" una descrizione prescrittiva, deontologica, massimalista e perfezionista della natura umana: è pur vero che lo stratagemma dell'autoevidenza permette di mantenere ferma la dicotomia tra fatti e valori, ma non aiuta a capire *perché* i beni indicati da Finnis debbano essere di per sé autoevidenti e *perché* altri beni non lo possano essere allo stesso modo.

([55]) Una critica in tal senso viene mossa a Finnis da L. ARNHART, *Thomistic Natural Law as Darwinian Natural Right*, in E. FRANKEL PAUL, F. D. MILLER, JR., J. PAUL (eds), *Natural Law and Modern Moral Philosophy*, CUP, NY, 2001, pp. 1-33.

([56]) J. FINNIS, *Gli assoluti morali*, Edizioni Ares, Milano, 1993, p. 55.

ABSTRACT

Finnis's theory is based upon the assumption of a set of basic goods whose fulfilment constitutes an "is-to-be" for man *qua* agent. The basic goods – for example life, knowledge, creativity, friendship – are principles of practical reasoning in that they are the ultimate rational grounds for action. The basic goods are self-evident. In particular, they cannot be derived from principles of theoretical knowledge concerning, for example, human nature.

This paper examines the role played by the concept of life, as a basic human good, in Finnis's theory. The conclusion is drawn that Finnis's theory collapses without the backing of the philosophy of nature and human nature. We ask if the dependence on human nature for the determination of the goods is eliminated, then what is the ground for these ends or goods? The point is to note that a certain conception of human flourishing and good already stands behind Finnis's list of basic goods. The basic goods he lists are not self-evident but more precisely the sort of goods that the *Neoclassic Model* tends to endorse.

La teoria di Finnis si basa sull'assunzione di un set di beni fondamentali il cui raggiungimento costituisce per l'uomo, in quanto agente morale, un imperativo ontico. I beni fondamentali – quali ad esempio la vita, la conoscenza, la creatività, l'amicizia – sono principi del ragionamento pratico all'interno del quale essi svolgono il ruolo di ragioni ultime per agire. I beni fondamentali sono autoevidenti. In particolare, essi non possono essere derivati da principi della conoscenza teoretica che concerne, ad esempio, la natura umana.

Questo saggio prende in considerazione il concetto di vita, come bene umano fondamentale, elaborato dalla teoria di Finnis e trae la conclusione che la teoria neoclassica finnisiana collassa senza il fondamento di una filosofia descrittiva della natura umana attraverso la quale poter desumere quali beni fondamentali attengono alla natura dell'uomo. In realtà, dietro il criterio dell'autoevidenza è presente una determinata e particolare concezione antropologica dell'essere umano che non riesce a giustificare *perché* alcuni beni umani e non altri debbano essere considerati di per sé autoevidenti.

NOTIZIARIO

Nell'anno 2006, nel DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE della FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA dell'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA si sono tenuti convegni, incontri di studio, corsi e attività seminariali di complemento alla didattica.

Durante la parte monografica, dedicata al Diritto delle successioni, del corso di Diritto civile, di cui è titolare la prof.ssa M.V. De Giorgi, si è svolto un seminario su "*I diritti dei legittimari*", tenuto dal prof. A. Bucelli dell'Università di Firenze.

Nell'ambito dei corsi di Istituzioni di Diritto Privato I, Istituzioni di Diritto privato II, Diritto dei contratti, Diritto civile, Diritto dei consumatori il prof. A. Luna Serrano, ordinario dell'Università di Barcellona, ha tenuto nel mese di marzo 2006 tre conferenze sui seguenti argomenti: "*Le condizioni generali del contratto e la loro vessatorietà nel diritto spagnolo, con riferimento anche al diritto dei consumatori*"; "*Il godimento turnario degli immobili ad uso turistico*"; "*Il patrimonio protetto del soggetto portatore di handicap*".

Tra le iniziative intraprese particolare menzione, anche alla luce della grande partecipazione di pubblico e dell'interesse della stampa per l'evento, merita il Convegno, organizzato dalla prof.ssa M. V. De Giorgi con il CENTRO DONNA GIUSTIZIA. Durante il Convegno, intitolato "*Il diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma: cos'è cambiato?*", presieduto dal prof. C.M. Bianca, in visita presso l'Ateneo ferrarese con un gruppo di studenti romani, si sono scambiati opinioni operatori del diritto, sociologi, esponenti del mondo politico e studiosi. Sono intervenuti la prof.ssa L. Balbo, sociologa dell'Università di Ferrara, il prof. U. Roma dell'Università di Padova, l'avv. A. Rossini del Centro Donna Giustizia, la dott.ssa M. Bastico, Assessore della Regione Emilia Romagna, la prof.ssa M. Mantovani dell'Università di Padova, l'avv. R. Villani dell'Università di Ferrara, l'avv. M. G. Caravelli del Centro Donna Giustizia, la prof.ssa C. Fioravanti dell'Università di Ferrara, il prof. L. Balestra dell'Università di Bologna, l'avv. E. Molinari del Centro Donna Giustizia. Le conclusioni sono state affidate all'avv. R. Reali del Centro Donna Giustizia.

Il prof. G. De Cristofaro ha organizzato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, a conclusione del suo corso dedicato al Diritto dei consumatori, un seminario di studio intitolato "*Recenti sviluppi del diritto comunitario*", dedicato ad un'analisi della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori e ad una riflessione circa le difficoltà di attuazione della Direttiva stessa nell'ordinamento italiano. Hanno partecipato all'incontro il prof. R. Calvo dell'Università di Torino, il prof. L. Di Nella dell'Università di Parma, il prof. R. di Raimo dell'Università di Lecce e il prof. A. Ciatti dell'Università di Torino.

Nell'ambito delle materie costituzionalistiche si sono svolti i seguenti seminari: "*La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza*

individuale"; "*Come si studia il sistema politico italiano*", tenuto dal prof. G. Pasquino, dell'Università di Bologna.

Promosso dalle cattedre di Diritto penale, Diritto costituzionale e Filosofia del Diritto è stato organizzato un ciclo di incontri su "*Legalità penale e crisi del diritto, oggi: una discussione interdisciplinare*"; in tale ambito i professori M. Barberis, dell'Università di Trieste, E. Dolcini, dell'Università di Milano, F. Palazzo, dell'Università di Firenze, N. Zanon, dell'Università di Milano hanno discusso il tema: "*La riforma della legittima difesa e della recidiva: una svolta nel sistema penale italiano?*".

Nel Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale, prima la prof.ssa E. Lamarque, dell'Università di Verona, poi il prof. G. P. Dolso, dell'Università di Trieste, hanno affrontato il tema "*Le sentenze manipolative e il loro seguito*".

Per il Dottorato in Comparazione giuridica e storico-giuridica, *Curriculum* Diritto romano e metodo comparativo, il prof. G. Camodeca, dell'Università di Napoli "L'Orientale", ha tenuto un seminario su "*Lo stato della documentazione sulla prassi giuridica romana e redazione degli atti*" e uno su "*Prassi giuridica ed insegnamento dei giuristi*"; il dott. P. Ferretti, dell'Università di Trieste, ha tenuto una lezione su "*La locuzione 'ope consilio' fra furto e complicità*"; il prof. P. Zamorani, dell'Università di Ferrara, ha parlato di "*Esegesi liviane in tema di auctoritas*"; la prof.ssa L. Desanti, dell'Università di Ferrara, su la "*Nov. Iust. 159 ed il limite alla perpetuità del fedecommesso di famiglia*"; la dott.ssa S. Schiavo, dell'Università di Ferrara, di "*Impositio fidei*"; il prof. M. Humbert, dell' Università Paris II, ha tenuto una lezione su "*Tab. 8,1: Qui malum carmen incantassit*" e su "*Res Gestae Divi Augusti*"; il prof. F. Briguglio, dell'Università di Bologna, ha parlato di "*Gaio: la rinascita digitale del codice veronese*". Nello stesso ambito è stato organizzato un incontro sul tema "*La valutazione delle scienze sociali*", in cui sono intervenuti: M. Citroni, SUM di Firenze; R. Cubeddu, IMT di Lucca, P.G. Monateri, dell'Università degli Studi di Torino, V. Villa, dell'Università degli Studi di Palermo; inoltre, la prof.ssa M. del Carmen Burgos, dell'Università di Granata, ha parlato di "*El sistema de seguridad social en Espana*". Il prof. C. Baldus, dell'Università di Heidelberg, ha parlato di "*Libero arbitrio e diritto romano*". Infine, il prof. L. Garofalo e il prof. U. Vincenti, dell'Universtà di Padova, hanno tenuto un seminario su, rispettivamente, "*I contratti innominati tra giurisprudenza romana e legislazione attuale*" e "*Contro una certa mitologia dei diritti umani*".

Per il Corso di lingua inglese giuridica il prof. P. Leyland, della London Metropolitan University, ha discusso il tema "*The Constitutional Reform Act 2005: Separating Judical Powers and Functions*".

Il Dipartimento di Scienze giuridiche in collaborazione con la Federazione Italiana Donne Arti Professioni Affari, ha organizzato un convegno su "*Strumenti di tutela alla luce del 'nuovo' codice dell'ambiente*"; sono intervenuti il prof. L. Costato, dell'Università di Ferrara, la dott.ssa S. Manservisi, dell'Università di Ferrara, il prof. A. Martelli, dell'Università di Udine, la

dott.ssa S. Bolognini, dell'Università di Udine, la dott.ssa C. Bernasconi, dell'Università di Ferrara, il dott F. Monaldi, dell'Università di Ferrara, la dott.ssa A. Thiene, dell'Università di Ferrara.

Nel corso di Storia di diritto romano, il prof. V. Scarano Ussari ha organizzato una giornata di studi sul tema "*Quale diritto romano?*". Vi hanno preso parte i professori G. Calcoli, L. De Giovanni, L. Canizza, P.G. Guzzo, P.G. Monateri, G. Salmeri, A. Somma, M. Torelli.

Nell'ambito del corso di Filosofia del diritto si è tenuta una tavola rotonda dal titolo "*Esiste una 'eccezione islamica'? Il dialogo tra l'Europa e il mondo arabo-musulmano su diritti, democrazia e cittadinanza*", a cui sono intervenuti il prof. H. Redissi, dell'Università di Tunisi, la prof.ssa H. Chefir, dell'Università di Tunisi, la prof.ssa P. Pandolfi, dell'Università di Bergamo. Per lo stesso corso il prof. H. Redissi ha tenuto anche una lezione su "*Le concezioni arabo-musulmane della democrazia e dello Stato di diritto*".

Per il corso di Diritto penale il prof. P. Leyland, della London Metropolitan University, ha parlato di "*Corporate Manslaughter: the Current Law and Proposals for Reform?*". Nell'ambito della stessa materia è stato organizzato un ciclo di seminari su "*Unione europea e diritto Penale*", tenuti dal prof. J. Vervaele, dell'Università di Utrecht.

Il corso di Filosofia del diritto avanzato e di Diritto processuale penale hanno promosso un incontro con il prof. G. Ubertis per discutere sul tema "*La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*".

Nell'ambito del *Progetto di ricerca sull'Africa,* sostenuto per il biennio 2006-2007 dal SOROPTIMIST INTERNATIONAL, sez. di Ferrara, in collaborazione con l'Università di Ferrara e con gli Assessorati alla Cooperazione internazionale del Comune e della Provincia di Ferrara, la prof.ssa G. Cavallaro ha organizzato un seminario di studi sul tema "*Diritti umani nelle relazioni internazionali*". A tale seminario, aperto a docenti e studenti degli Istituti di Istruzione Superiore ferraresi e finalizzato a un percorso di conoscenza dell'Africa subsahariana, con particolare attenzione al Rwanda e alla regione del Darfur, hanno partecipato come relatori i professori B. Pastore e F. Salerno, docenti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara.

Organizzato dall'Università di Ferrara, ma aperto agli studenti di tutte le Facoltà, si è tenuto anche quest'anno il *Corso interdisciplinare Jean Monnet* su "*Integrazione europea*". Le lezioni sono state tenute dal dott. G. Donà (già Capo Divisione della Direzione "Riunioni dei Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari" al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles) e hanno fornito agli studenti una panoramica generale sul funzionamento dell'Unione Europea da vari punti di vista: istituzionale, storico, giuridico, economico, fiscale, monetario, sociale, culturale, linguistico.

Il corso di Diritto internazionale avanzato ha promosso nella sede rodigina della Facoltà di giurisprudenza, una giornata di studi, presso la Camera

di Commercio di Rovigo, dal titolo "*Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa*", dedicata alla proposta di regolamento "Roma I" sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali presentata dalla Commissione europea il 15 dicembre 2005. I lavori, coordinati dal prof. F. Salerno, titolare dell'insegnamento, sono stati aperti dai saluti del prof. L. Costato, dell'Università di Ferrara, del dott. G. Marassi, del Consorzio Università Rovigo, e del dott. G. de' Stefani, della Camera di Commercio di Rovigo; sono, poi, proseguiti con una relazione del prof. L. Radicati di Brozolo, dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. All'incontro di studi hanno preso parte il prof. A. Somma, dell'Università di Ferrara, la prof.ssa S. Tomolo, dell'Università dell'Insubria, il dott. P. Bertoli, dell'Università di Milano, il dott. G. Biagioni, dell'Università di Cagliari, il dott. B. Cortese, dell'Università di Padova, il dott. P. Franzina, dell'Università di Ferrara, la dott.ssa A. Gardella, dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il dott. A. Leandro, dell'Università di Bari, la dott.ssa S. Marino, dell'Università di Trieste, il dott. F. Marongiu Buonaiuti, dell'Università di Roma "La Sapienza", la dott.ssa G. Pizzolante, dell'Università di Bari, e il dott. P. Venturi, dell'Università di Siena. Gli *Atti* della giornata di studi sono stati raccolti nel volume «*La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*».

In ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico, si è celebrato presso la Facoltà di Giurisprudenza, il Giorno della memoria "*In ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico. Per non dimenticare*". Nella Parte I, su "*Aspetti dell'antisemitismo contemporaneo*", hanno parlato: G. Luzzatto Voghera, di "*Il ruolo della Shoah nell'antisemitismo*" e M. Ravenna, A. Roncarati, J.A. Pérez, su "*Uno studio sulla percezione sociale degli Ebrei*". Nella Parte II della commemorazione si è tenuta, a cura di G. Grippo e R. Pazi, una rappresentazione teatrale dal titolo "*Nient'altro che occhi*", collage di testi di autori vari rielaborato da R. Pazi.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 2005/'06, vi sono stati studenti in uscita 19 e in entrata 27.

[Wanda Formigoni C.]